Crim.
128 rf
-1

Hertz

Xerokopieren aus konservatorischen Gründen nicht erlaubt
Nur im Lesesaal benützbar.

25. JAN. 2016

Bayerische Staatsbibliothek
<36651625460013

Crim. 128 f Hertz

DAS UNRECHT

UND DIE

ALLGEMEINEN LEHREN DES STRAFRECHTS.

VON

DR. EDUARD HERTZ.

ERSTER BAND.

HAMBURG.
HOFFMANN & CAMPE.
1880.

347 H

15/2 81

BAYERISCHE
STAATS-
BIBLIOTHEK
MUENCHEN

DAS UNRECHT

UND DIE

ALLGEMEINEN LEHREN DES STRAFRECHTS.

DAS UNRECHT

UND DIE

ALLGEMEINEN LEHREN DES STRAFRECHTS.

VON

DR. EDUARD HERTZ.

ERSTER BAND.

HAMBURG.
HOFFMANN & CAMPE.
1880.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Vorrede.

Das vorliegende Buch, dessen ersten Band ich hiermit der Oeffentlichkeit übergebe, erhebt keineswegs den Anspruch, den sog. allgemeinen Theil des Strafrechts in erschöpfender Weise darzustellen. Vielmehr wirkte naturgemäss sowohl bei Auswahl des zu behandelnden Stoffes, als auch rücksichtlich des Masses der Ausführlichkeit, welche dem Einzelnen einzuräumen war, der Gesichtspunkt, von dem aus diese Arbeit unternommen wurde, bestimmend auf mich ein. War es doch durch die Aufgabe, die ich mir gestellt hatte, geboten, die Haltbarkeit gewisser unter einander zusammenhängender, heutzutage in der Strafrechtswissenschaft in Ansehn stehender allgemeiner Sätze an dem Einflusse zu prüfen, den sie auf die dogmatische Gestaltung einer Reihe von Einzellehren, und grade der wichtigsten, ausüben. Hierdurch erläutert sich auch vor Allem, weshalb die Darstellung, anstatt einen fortschreitenden Karakter anzunehmen, wiederholt auf die gleichen Gesichtspunkte hinführt. — Diese Andeutungen möchte ich u. A. auf die Behandlung bezogen wissen, welche die Frage der Willensfreiheit erfährt. Wenn der Jurist es einmal mit gutem Grunde vermeidet, sich auf die metaphysischen Abwege zu begeben, zu denen die Erörterung dieses Problems nur allzu leicht hinführt, und wenn er hier darauf verzichtet, seinerseits selbstständige Beiträge zu einer Lösung zu liefern, so hängt die Stellung, welche wir in dieser Frage einzunehmen haben, nur noch davon ab, ob und in wie weit sich die Willensfreiheit als ein einer Mehrheit von Einzelsätzen gemeinsames und folglich im Wege der Induktion zu erreichendes

wissenschaftliches Princip ausweist. Die Untersuchung hierüber gewährt den unleugbaren Vortheil, dass wir uns streng auf dem Boden unserer Wissenschaft halten, andern Rücksichten aber gar keinen Raum schenken dürfen. Dieser Standpunkt kann m. E. nur von Denjenigen abgelehnt werden, die sich durch die vorgefasste, mit der Würde unserer Wissenschaft jedoch schwer vereinbare Meinung beherrschen lassen, das Dogma von der Willensfreiheit habe ein für alle Mal ein Anrecht darauf, dass die Jurisprudenz ihm noch diejenige Stütze gewähre, die es in andern Wissenschaften thatsächlich längst nicht mehr findet.

Schliesslich drängt es mich noch, hervorzuheben, dass falls meiner Arbeit einiger Werth zukommen sollte, ich dies in erster Linie der Anregung und Belehrung zuschreiben müsste, welche ich aus den unsere Wissenschaft in so hohem Masse fördernden Schriften Bindings und v. Buri's geschöpft habe: ein Umstand, den mich auch die wiederholt von mir gegen die beiden genannten Schriftsteller geführte Polemik keinen Augenblick vergessen liess.

Hamburg, 12. April 1880.

Dr. Eduard Hertz.

Inhalts-Verzeichniss.

Abschnitt I.

Das Unrecht, seine angeblichen Arten und Rechtsfolgen.

Seite

§ 1. Die Schuld als Voraussetzung des Unrechts 3
§ 2. Die Verletzung als Voraussetzung des Unrechts 15
§ 3. Civilunrecht und Kriminalunrecht. 22
§ 4. Der Ersatzzwang 29
§ 5. Die Strafe 39

Abschnitt II.

Die Verletzung des Rechtsschutzobjekts.

§ 6. Das Interesse als Rechtsschutzobjekt 55
§ 7. Die Gefahr 73
§ 8. Die objektive Bedeutung der Versuchshandlung 83
§ 9. Die in Noth begangenen Verletzungen 94
§ 10. Der Verzicht 106

Abschnitt III.

Der Schuldbegriff und seine Elemente.

§ 11. Das Freiheitsproblem im Rechte 119
§ 12. Kritik des Zurechnungsfähigkeitsbegriffs 130
§ 13. Die Handlung 143
§ 14. Das rechtswidrige Bewusstsein als Voraussetzung der Schuld . . 152

Abschnitt IV.

Das Thatmoment.

§ 15. Die Kausalität der Handlung 167
§ 16. Das Thatmoment bei den actiones liberae in causa 189
§ 17. Das Thatmoment bei den sog. per omissionem begangenen Kommissivdelikten 196
§. 18. Die Schuld bei zeitlicher Priorität des Thatmomentes vor dem Willensmomente 221

Abschnitt I.

Das Unrecht, seine angeblichen Arten und Rechtsfolgen.

§ 1.

Die Schuld als Voraussetzung des Unrechts.

Mit dem Begriffe des Unrechts verknüpft sich die Vorstellung von einem Widerspruche, den das Recht erfährt. Welche Gestalt aber dieser Widerspruch annehmen müsse, damit es zu einem Unrecht komme, ist durchaus bestritten. Geht man davon aus, dass das Recht unsere Interessensphäre in einem bestimmten Umfange vor Verletzungen schützen will, so ist bereits mit jeder innerhalb des Rechtsschutzgebietes liegenden Verletzung ein dem Rechte widersprechendes Ereigniss gegeben. Dies ist z. B. unzweifelhaft der Fall, wo Jemand, ohne dass ihn das geringste Verschulden trifft, einen Menschen zu erschiessen das Unglück hat. Da sich das Recht, um seine Zwecke zu erreichen, mittels zahlloser Imperative an die ihm Unterworfenen wendet und ihnen theils herbeizuführen verbietet, was es nicht bewirkt haben will, ihnen theils herbeizuführen gebietet, was es bewirkt sehen will, so stellt die Unbotmässigkeit des Einzelwillens gegen diese rechtlichen Vorschriften einen weitern dem Rechte gegenüber bestehenden Widerspruch dar. Indem aber die Thatsache solcher Differenz, in welche sich der ungehorsame Einzelwille zum Rechte setzt, ein vom Eintritt des Verbotenen, bezw. Gebotenen völlig unabhängiges Dasein führt, fragt sich, ob man nur bei durch diesen Willen hervorgebrachter normwidriger Gestaltung der Aussenwelt oder auch ohne diese von einem Unrecht reden kann. Schiesst Jemand in mörderischer Absicht auf einen Menschen, so steht sein Wille zwar der Norm, welche die Vernichtung von Menschenleben verbietet, feindlich gegenüber; da jedoch zur Uebertretung jeder Norm das Wirklichwerden des durch sie verbotenen Ereignisses gehört, so wird man

auch, falls der Schiessende sein Ziel fehlte, nicht sagen können, er habe die Norm wider die Tödtung übertreten. Wo aber eine Normübertretung vorliegt, kann wieder ein Doppeltes möglich sein. Obwohl nemlich allen Rechtsnormen der gleiche Zweck zu Grunde liegt, unsere Interessen vor Verletzungen zu schützen, so erscheint dieser Zweck doch nicht schon mit jeder Normübertretung verfehlt; vielmehr wäre dies nur dann der Fall, wenn es lediglich Verletzungen verbietende Normen und nicht auch solche gäbe, durch welche die Herbeiführung bestimmter Ereignisse, welche keine Verletzung darstellen, aus Besorgniss verboten wäre, sie möchten sich im konkreten Einzelfalle als Verletzungsursachen erweisen. Wer, ungehorsam gegen die Norm des art. 368, Z. 7 D. St.-G.-B., in gefährlicher Nähe von Gebäuden mit einem Feuergewehr schiesst, hat eine Norm übertreten, wenn seine Handlung auch nicht im Mindesten verletzend wirkt. Hier wirft sich also die Frage auf, ob die Uebertretung dieser Norm die Begriffsmerkmale des Unrechts an sich trägt, oder ob dies nur rücksichtlich derjenigen Normen angenommen werden darf, die, wie z. B. das Verbot zu tödten, gar nicht, ohne dass eine Verletzung vorliegt, übertreten sein können.

Nun steht soviel fest: sobald nur nicht fälschlich Gleiches von einander getrennt und Ungleichartiges identificirt wird, ist es schliesslich lediglich Sache der Terminologie, ob wir einem wissenschaftlichen Begriff diesen oder jenen Inhalt geben und dieses oder jenes Merkmal in ihn aufnehmen wollen. Ein absoluter Massstab, wie weit oder wie eng solcher Begriff gefasst werden dürfe, existirt nicht. Stelle ich daher zunächst in Abrede, dass es ein Unrecht ohne Schuld, d. h. ohne einen Widerspruch des Willens gegen das unser Handeln normirende Recht gebe, so stütze ich diese Meinung vornemlich auf die Thatsache, dass die herrschende Ansicht, indem sie das Gegentheil behauptet, unbefugterweise Gleichartiges von einander trennt.

Von einem objektiven schuldlosen oder unbefangenen Unrecht spricht man bekanntlich seit Hegel.[1]) Nachdem schon Neuner[2])

---

[1]) Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 83. Dass Hegel, der das unbefangene Unrecht dem Verbrechen gegenüberstellt, den Betrug nur beliebter Trichotomie halber als Mittelglied einfügte, wird allgemein zugegeben.

[2]) Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, S. 176 u. S. 207 ff.

hervorgehoben hatte, dass man nur die subjektiv verschuldete, nicht auch die unverschuldete Störung rechtlich geschützter Interessen durch einen Dritten als ein Unrecht bezeichnen dürfe, bestritt nach ihm Merkel[3]) die Annahme eines schuldlosen Unrechts durch den Hinweis darauf, dass alsdann konsequenterweise auch bei einer Schädigung unserer Interessen durch Naturkräfte ein Unrecht vorliegen müsste. Gleich Merkel wandte sich auch Binding[4]) gegen das objektive Unrecht, indem er jedes Unrecht für eine schuldhafte Normwidrigkeit erklärte. Die Begründung, die Binding seiner gegen die herrschende Ansicht gerichteten Opposition gab, lässt ihn aber m. E. als unfreiwilligen Bundesgenossen seiner Gegner erscheinen. Zweifellos liegt nemlich da, wo man von einem objektiven Unrecht spricht, ein dem objektiven Rechte widersprechendes Ereigniss vor. Die herrschende Ansicht versieht es nur darin, dass sie zur Herstellung dieses Widerspruchs auf den menschlichen Willen als seine Ursache reflektirt. In der Konsequenz dieses Gedankens liegt es, dass Binding annimmt, der gutgläubige Besitzer verwandle sich durch das rechtskräftig gewordene ihn zur Herausgabe der Sache anhaltende Urtheil in einen schlechtgläubigen. Dabei stützt er sich aber, um die Restitutionsverbindlichkeit des gutgläubigen Besitzers zu erklären, nicht nur, gleich seinen Gegnern, fälschlich auf das Willensmoment, sondern überbietet sie noch dadurch, dass er die Beseitigung des objektiven Widerspruchs gegen das Recht nur auf Grund einer — hier noch dazu fingirten — Schuld für statthaft erachtet[5]).

Wer von einem objektiven Unrecht spricht, muss diejenigen Verletzungen unserer rechtlich geschützten Interessen, die er unter diese Kategorie bringen will, auf ein besonderes Princip stellen, um sie

---

[3]) Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, I. S. 42 ff.

[4]) Die Normen und ihre Uebertretung, I. S. 135—141.

[5]) Wenn Binding mit Recht die Meinung zurückweist, als ob die litiscontestatio den gutgläubigen in einen schlechtgläubigen Besitzer verwandle, so ist ebensowenig einzusehen, wie das rechtskräftige Erkenntniss diese Umwandlung zuwege bringen könne. Ob Jemand gutgläubig ist oder nicht, hängt weder von seiner rechtskräftigen Verurtheilung, noch auch etwa davon ab, ob der Richterspruch ein nach materiellem Rechte begründeter ist. Vgl. auch Savigny, System des R. R. Bd. 6, S. 86, der namentlich bestreitet, dass die mala fides allgemeine Folge des Rechtsstreites sei.

so von den durch Naturgewalten herbeigeführten Verletzungen, die natürlich Niemand als Unrecht bezeichnet, unterscheiden zu können. Ein solches Princip existirt aber nicht. Vielmehr beruhen alle zu seiner Ausfindigmachung angestellten Versuche auf unzulässiger Differenzirung völlig gleichartiger Thatbestände. Man kann weder mit Bekker und Ihering Alles darauf stellen, ob sich eine Verletzung auf das ursächliche Verhalten eines Menschen zurückführen lasse, noch auch darf man sich mit Hälschner auf die freie menschliche, wenn auch schuldlose, Handlung beziehen, „die an der Kategorie des Rechts gemessen werden könne[6].“ Da nemlich alle Ereignisse Glieder einer unendlichen Kette der Kausalität sind, so lassen sich auch die unsere Rechtssphäre treffenden Verletzungen schlechterdings nicht eintheilen in solche, die durch Menschen, und solche, die durch Naturgewalt hervorgebracht werden. Jede Verletzung ist vielmehr sowohl das Produkt menschlicher Handlungen, als auch der Naturkausalität. Reisst der Sturm einen Ziegel vom Dache los, und erschlägt dieser im Herabfallen einen Menschen, so hat die Handlung des Dachdeckers, der das Dach mit Ziegeln bedeckte, zur Tödtung dieses Menschen grade so gut, wie der Sturm, mitgewirkt. Das vom Blitz getroffene und niedergebrannte Haus war von Handwerkern erbaut, und ihre betreffenden Thätigkeitsakte stehen zweifellos in ursächlichem Zusammenhang mit dem Niederbrennen des Hauses. Umgekehrt wirkt auch die sog. Naturkausalität überall da mit, wo man sich für berechtigt hält, aus der Zahl der zu einem Ereigniss mitwirkenden Kräfte ganz willkürlich eine einzelne menschliche Handlung als Ursache hervorzuheben. Ersticht Jemand einen Andern mit einem Messer, so darf nicht abgeleugnet werden, dass erst, nachdem eine unendliche Reihe von Naturereignissen eingetreten war, das Messer angefertigt werden konnte, mit dem der tödtliche Stich versetzt wurde. Alle diese Naturereignisse haben ebensowohl, wie der Messerstich, zu dem Tode mitgewirkt[7]. Die

---

[6]) Bekker, Theorie des Strafr. I. S. 108. Ihering, Schuldmoment im röm. Privatr. S. 5. Hälschner, Gerichtssaal, XXI, S. 19. und XXVIII, S. 402 und 403. Unter Zurückweisung des objektiven Unrechts spricht Hälschner stets von einem schuldlosen Unrecht.

[7]) Die nähere Unterstützung für diese Behauptungen, so wie dafür, dass man nicht etwa alle jene Naturereignisse als Bedingungen, den Messerstich aber allein als Ursache bezeichnen darf, werden die §§ 15 u. ff liefern.

freie menschliche Handlung eines Zurechnungsfähigen giebt aber gleichfalls kein Princip ab; denn wenn man behauptet, die Verletzung unserer Interessen erscheine in einem verschiedenen Lichte, je nachdem sie auf einen wahnsinnigen oder einen zurechnungsfähigen, aber ganz schuldlosen Menschen zurückzuführen sei, so müsste jedenfalls nachweisbar sein, dass dieser Unterschied auch im Rechte irgend welche Anerkennung gefunden habe. Dieser Nachweis ist aber unerbringlich. Hat der Eigenthümer ohne Rechtsgrund den Besitz seiner Sache eingebüsst, so bleibt es für den ihn treffenden Verlust völlig gleichgültig, ob ein Zurechnungsfähiger oder Unzurechnungsfähiger ihr Besitzer ist, und wer von Beiden den Besitzverlust herbeiführte. Schon hier muss hervorgehoben werden, dass, wenn Jemand, der fremde Interessen gänzlich schuldlos lädirt, zurechnungsfähig genannt wird, dies Prädikat die rechtliche Natur der fraglichen, seiner Schuldlosigkeit halber ihm nicht zugerechneten Verletzung gar nicht zu beeinflussen vermag. Die solchenfalls hervorgehobene Zurechnungsfähigkeit besagt vielmehr nur, dass wir einen Menschen vor uns haben, der bei einer andern, als der grade in Rede stehenden Gelegenheit in Schuld versiren könne. Keinesfalls bewirkt aber dieses sich gar nicht auf den konkreten Fall beziehende Urtheil, dass die vom Zurechnungsfähigen verursachte Verletzung sich irgendwie von der durch den Unzurechnungsfähigen oder die Naturkausalität verursachten sondere. Unterscheiden wir das schuldlose Thun des Zurechnungsfähigen deshalb, weil er morgen dolos handeln kann, von dem schuldlosen Thun des Unzurechnungsfähigen, so bringen wir damit nicht verschiedene Thatbestände zu einander in Gegensatz; sondern verschieden ist lediglich unser subjektives Verhalten gegenüber völlig gleichartigen Vorliegenschaften. Alles kommt dann nur darauf an, ob und inwieweit man von dem Thatsächlichen des vorliegenden Falles zu abstrahiren geneigt ist. Ob ich mich darauf beschränke, mir diesen trotz seiner Schuldlosigkeit als zurechnungsfähig bezeichneten Menschen als morgen in Schuld versirend zu denken, oder ob ich mir das lädirende unzurechnungsfähige Kind als erwachsen, mit zur Schuld erforderlicher Intelligenz ausgerüstet, oder den Wahnsinnigen als genesen vorstelle, oder ob ich mich gar noch weiter von dem gegebenen Falle entferne und in Gedanken an Stelle der Naturkau-

salität einen Menschen setze: dies Alles ist als blosse Sache der Reflexion Eins grade so zulässig, wie das Andere.[8]) Mit der hier vertretenen Auffassung, der zufolge die Zurechnungsfähigkeit den rechtlichen Charakter einer Verletzung unbeeinflusst lässt, ist weder schon die Frage nach dem Zusammenhang des Rechts mit der Moral entschieden, noch auch dem Willen seine ethische Bedeutung abgesprochen. Das Gegentheil scheint Hälschner[9]) anzunehmen. Denn er stützt das schuldlose Unrecht mit darauf, dass „das Recht der Welt des Sittlichen angehöre und in dieser der Wille die allein herrschende, Erfolge verursachende Macht sei". Dass der Wille des Zurechnungsfähigen, der sich im entschuldbarsten Irrthum eine fremde Sache aneignet, mit Rücksicht auf dies bestimmte Faktum nicht auf gleicher Stufe sittlicher Indifferenz mit dem im Herabfallen schädigenden Steine stände, vermag ich aber nicht einzusehen. — Hiernach erweitert sich auch der Begriff des Zufalls im Recht, und man wird, da es einen Zufall im Gegensatz zur Nothwendigkeit überall nicht giebt, jede auf menschliche Schuld zurückzuführende Verletzung als Nichtzufall, jede schuldlos entstandene aber ganz unabhängig davon, durch wen und wie sie entstanden ist, als Zufall im Rechtssinne zu bezeichnen haben.[10])

Dies festgehalten, kann das Princip der Klage bei zufälligen Verletzungen in keiner derjenigen Formeln enthalten sein, unter welche man das objektive oder schuldlose Unrecht bringen zu dürfen vermeint. Der wahre Grund, weshalb wir gegen Schuldlose klagen können, bleibt vielmehr so lange verborgen, als man der Ansicht anhängt, die uns treffenden Verletzungen vermöchten unabhängig von einem sie verursachenden Willen einer rechtlichen Beurtheilung nicht unterzogen zu werden.[11]) Da aber die Ereig-

---

[8]) Der entscheidende Grund dafür, weshalb die Zurechnungsfähigkeit kein Princip für ein objektives oder schuldloses Unrecht bilden kann, wird sich erst im 3. Abschnitt ergeben. Dort wird auch die im Text vertretene Ansicht ihre weitere Begründung erhalten.

[9]) Gerichtssaal, XXI. S. 19.

[10]) Die abweichende Meinung Bindings, welcher (Normen II, S. 38) als Zufall erklärt alles Geschehende, was eine einzige ganz bestimmte Ursache nicht hat: die freie menschliche Handlung, kann erst im 3. Abschnitt geprüft werden.

[11]) Diese Meinung vertritt Hälschner auf das Entschiedenste: Gerichtssaal XXVIII, S. 403. Er bestreitet, dass eine Beschädigung an sich, ein Zu-

nisse ihren rechtlichen Charakter durchaus nicht erst durch den Reflex erhalten, den unser Wille auf sie wirft, so braucht auch zur Erklärung der Thatsache, dass das Recht ihm widersprechende Zustände auch da beseitigt, wo Niemand in Schuld ist, gar nicht auf die Beschaffenheit des Willens Bezug genommen zu werden. Stehen wir hier doch vor einem der vielen Irrthümer, zu denen das falsche Dogma führt, welches dem Willen im Rechte ein Primat zuschreibt.

Wie bereits angedeutet, ist das Recht kein blosser Komplex von Normen, die unserm Verhalten bindende Regeln vorschreiben, sondern zugleich auch die Macht, welche das Gebiet abgrenzt, innerhalb dessen wir uns unter seinem Schutze unsern individuellen Zwecken gemäss entwickeln dürfen.[12]) Das Recht zieht die Linie, bis zu der unsere Interessensphäre eine Rechtssphäre ist und unser Wohl zu einem dem Rechtsschutze unterstellten Objekte wird. So wie sich aber der Umfang unserer Rechtssphäre, unabhängig vom Willen eines Dritten, lediglich nach dem Willen des Rechts bestimmt, so bemisst sich auch, ob sie verletzt ist, und

---

stand als solcher wider das Recht sein könne. Wenn er Binding gegenüber bemerkt, derselbe leugne die Möglichkeit des objektiven Unrechts, billige aber gleichwohl, dass ein Zustand, der weder schuldig noch unschuldig ist, unrechtmässig sein könne, ohne zugleich klar zu stellen, wie sich denn dieser unrechtmässige Zustand vom objektiven Unrecht unterscheide, so ist dieser Einwand den Bindingschen Ausführungen gegenüber allerdings berechtigt. Dass meine Polemik gegen dass objektive Unrecht aber der Annahme eines dem objektiven Rechte widersprechenden Zustandes nicht entgegensteht, wird sich bald zeigen.

[12]) Nur weil Thon (Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 8) davon ausgeht, dass „das gesammte Recht einer Gemeinschaft" nichts ist, „als ein Komplex von Imperativen", glaubt er den über die Existenzberechtigung des objektiven Unrechts geführten Streit durch die Annahme einer schuldlosen Normübertretung schlichten zu können. Die Ausführungen auf S. 76 ff. und 92 ff. haben mich jedoch nicht davon zu überzeugen vermocht, dass Binding irrt wenn er behauptet, es gebe ohne einen der Norm widersprechenden Willen keine Normübertretung. Gegen Binding lässt sich vielmehr nur die falsche Anwendung, die er von seinem richtigen Princip macht, anführen, und diese finde ich vornemlich darin, dass er aus dem Auftreten einer Form des Rechtsschutzes auf das jedesmalige Vorhandensein einer Schuld schliesst. Dass uns der Rechtsschutz auch der Nichtschuld gegenüber zur Seite steht, spricht nicht für Thons Behauptung, es existire eine Normübertretung ohne einen Willenswiderspruch, sondern nur dafür, dass der Eintritt des Rechtsschutzes nicht an eine Normübertretung als Voraussetzung geknüpft ist.

demnach ein rechtswidriges Ereigniss vorliegt[13]), weder jemals danach, ob der Wille des Verletzers ein schuldhafter oder schuldloser ist; noch auch hängt dies von irgend welchen andern diesem Willen denbkarer Weise zukommenden Prädikaten ab. Wo nach dem Willen des Rechts der Eigenthümer auch der Besitzer sein soll, widerspricht der Besitzverlust dem Rechte gleichmässig, die Sache möge nun diebisch entwendet, vom gutgläubigen Besitzer an sich genommen oder dem Eigenthümer vom Winde entrissen sein. Leitet sich auch die Schadensersatzverbindlichkeit und dass ihn Strafe trifft, aus der Schuld des Diebes her, so stützt sich doch auch diesem gegenüber das Verlangen des Eigenthümer's, seine Sache wieder zu besitzen, auf ganz denselben rechtlichen Grund, aus dem er sie vom gutgläubigen Besitzer zurückverlangt. Hier wie dort darf sie zurückgefordert werden, weil mit der Besitzentziehung ein objektiv rechtswidriger Zustand geschaffen ist. Müsste sich der gutgläubige Besitzer, wie Binding meint, erst in einen schlechtgläubigen verwandeln, um zur Restitution verpflichtet zu sein, so wäre der Rechstschutz ein überaus mangelhafter, und wir wären alsdann nur gegenBöswilligkeit, nicht aber gegen Unwissenheit geschützt. Je einfältiger unser Gegner wäre, desto hoffnungsärmer müssten wir werden, dass er sich von dem Dasein einer uns betroffenen Verletzung überzeugen und somit die Wissenschaft erlangen würde, die uns allein wieder zu dem Unsrigen verhülfe. — Damit ist jedoch noch immer nicht erklärt, wann wir gegen schuldlose Menschen klagen können. Hierauf erhält man nur bei genauer Vorstellung des Zweckes, den solche Klagen verfolgen, eine Antwort. Derselbe besteht in der Beseitigung eines nach Angabe des Klägers dem Rechte widersprechenden Zustandes. Zunächst entscheidet also die physische Möglichkeit der Beseitigung.

---

[13]) Im 2. Abschnitt wird sich des Weitern zeigen, dass, wenn es auch neben dem Rechte widersprechenden demselben entsprechende Verletzungen giebt, sich die rechtliche Qualität der Verletzungen doch nie nach dem Willen Dritter bestimmt. Der 2. Abschnitt wird zugleich auch erläutern, weshalb nur unsere Interessen, nicht aber die Rechte im subjektiven Sinne, noch auch die sog. Rechtsgüter den dem Rechtsschütz unterstellten Gegenstand bilden können Wo ich im Folgenden von einer Interessenverletzung oder Verletzung ohne weitern Zusatz rede, ist darunter bis auf Weiteres eine dem Rechte widersprechende im Gegensatz zu einer ihm gemässen Interessenverletzung zu verstehen.

Wenn Jemand einen Andern erschiesst, ihn verwundet oder seine Sache vernichtet, so sind zwar dem Rechtsschutz unterstellte Interessen verletzt; es fehlt aber an aller und jeder Möglichkeit, den vorhandenen Widerspruch gegen das Recht zu heben, und zwar ganz unabhängig davon, ob schuldhaft oder schuldlos gehandelt ist. In welchen Fällen und inwieweit kann man denn aber überhaupt von einer solchen Beseitigung reden? So wenig der Todte wieder lebendig, der Verwundete wieder unverwundet gemacht werden kann, so wenig kann auch die den Eigenthümer schädigende Thatsache des Besitzverlustes sammt ihren Wirkungen rückwärts annullirt werden; wohl kann aber, und das ist das Ziel der gegen Schuldlose statthaften Civilklage, das Weiterwirken verletzender Ereignisse für die Zukunft gehemmt werden. Mit der Zurückgabe der Sache an den Eigenthümer wird seine Verletzung insofern beseitigt, als die Besitzentziehung keine weitern schädigenden Wirkungen mehr ausübt, der Eigenthümer also z. B. von nun an wieder die Früchte percipirt. Solche Beseitigung ist folglich auch nur da denkbar, wo ein und dasselbe Ereigniss fortgesetzt Beeinträchtigungen unserer Interessen erzeugt. Denn wirkt jede Laesion auch, gleich jeder andern der Wirklichkeit angehörenden Veränderung, ins Unendliche fort, so stellen ihre Wirkungen doch nicht stets fortgesetzte Verletzungen unserer Interessen dar. — Nehmen wir nun aber unser vom Winde entführtes Eigenthum ohne Weiteres wieder an uns, müssen jedoch gegen den gutgläubigen Besitzer klagen, so ist es zwar in einer Beziehung zutreffend, diesen Unterschied auf den Satz zurückzuführen, das Recht gelte nur unter Menschen. Denn insofern leidet er hier allerdings Anwendung, als nur Menschen rechtlich relevanten Verletzungen ausgesetzt sind; nicht aber besagt er, dass wir nur von Menschen in rechtlich relevanter Weise verletzt werden können. Gäbe es daher selbst Verletzungen, die uns entweder nur von Menschen oder nur von der Naturkausalität zugefügt werden, so liesse sich selbst dann nicht sagen, dass, wo wir gegen Menschen klagen, die Verletzung eine rechtlich anders geartete wäre, als diejenige, welche wir ohne Klage beseitigen dürfen. Klagen müssen wir nur da, wo unser Gegner ein Angriffsobjekt für rechtlich qualificirbare Verletzungen darbietet. Ganz anders wäre es, wenn in den Verwickelungen des Lebens ein dem Rechte

widersprechender Zustand nur da angenommen werden würde, wo er wirklich vorliegt, und wenn Niemand bei seiner Beseitigung über das rechtlich statthafte Mass hinausginge.[14]) Den nachtheiligen Folgen der beregten Irrungen sind jedoch menschliche Interessen nur allzuleicht ausgesetzt; aber auch nur sie: der Natur können wir durch einen etwaigen Irrthum nicht schaden, noch auch einen Excess gegen sie verüben. So verweist uns also lediglich die mit der Beseitigung von Verletzungen für die Rechtssphäre unsers Gegners verbundene Gefahr an den Civilrichter. Dieses subjektive Moment der Besorgniss vermag den der Entscheidung des Civilrichters zugewiesenen Thatbeständen aber keine besondere rechtliche Bedeutung zuzutheilen. Bilden die der Verbannung des Zweifels und der Feststellung des richtigen Umfanges der Restitution gewidmeten Stadien des Civilprocesses auch seinen umfangreichsten Theil, und schliesst, wo der Beklagte, nachdem zu seinen Ungunsten entschieden ist, nun den Widerspruch aufgiebt, mit ihnen auch der Process ab: immer erscheinen sie doch nur als präparatorische Akte für die Beseitigung ganz desselben rechtswidrigen Zustandes, der so vielfältig auch ausserhalb des Processgeleises in einen rechtmässigen umgewandelt wird. Dem Thiere, welches mit meiner Sache davonläuft, darf ich dieselbe mit Gewalt entreissen. Die Mäuse, welche meine Feldfrüchte zerstören, darf ich auf jede denkbare Weise in ihrem schadenbringenden Wirken hindern. Dass uns wirklich nur die Ungewissheit darüber, ob eine rechtswidrige Verletzung vorliegt, und nichts Anderes zur Betretung des Klagweges zwingt, beweist der Umstand, dass auch die Verwaltungsbehörden in ganz unzweifelhaften Fällen auf einseitigen Antrag des Verletzten einschreiten, ohne ihn erst an den Richter zu verweisen. Wer seinen Nachbar zur Nachtzeit durch ungebührlichen Lärm stört, wird ohne Weiteres durch die Polizei an der Fortsetzung seines Treibens gehindert. Ein die Strasse versperrender Baumstamm wird ohne Weiteres entfernt, weil hier prima facie eine Belästigung der Passanten vorliegt. Ganz einerlei ist aber, ob der Ruhestörer schuldhaft oder, weil er wahnsinnig ist, schuldlos lärmt; ob der Sturm den Baum entwurzelte und so die Strasse sperrte,

---

[14]) Vgl. hier auch die Ausführungen Merkels a. a. O. S. 51 ff.

oder ob etwa menschlicher Muthwille dieses Hinderniss geschaffen hatte.

Hiernach glaube ich nun, meine Opposition gegen Ihering, der es für vollkommen angemessen erachtet, den Zustand des gutgläubigen Besitzers einer fremden Sache als objektives Unrecht zu bezeichnen, folgendermassen begründen zu können [15]: Der mit diesem Thatbestande gegebene Widerspruch gegen das objektive Recht liegt sicher nicht in dem Besitzen des gutgläubigen Nichteigenthümers, sondern lediglich in den schädigenden Wirkungen, welche die Interessen des Eigenthümers durch die Besitzentziehung erfahren. Wollte man etwa meinen, so gut wie die rechtswidrige Wirkung, wäre doch auch ihre Ursache, nemlich die Besitzentziehung, als ein rechtswidriges Ereigniss zu bezeichnen, so würde ganz dasselbe rücksichtlich aller übrigen zur Verletzung mitwirkenden Ursachen — und ihre Zahl wäre stets eine unendliche — gelten. Mit jeder dieser Mitwirksamkeiten wäre daher ein schuldloses Unrecht gegeben. Daraus möchte aber folgen, dass, wenn überall von einem objektiven Unrecht geredet werden dürfte, darunter höchstens nur eine rechtswidrige Verletzung, unabhängig von ihrem Entstehungsprocess, zu begreifen wäre. Spricht man also angesichts der b. f. possessio von einem objektiven, dem Diebe gegenüber aber von einem schuldhaften oder subjektiven Unrecht, so ist das Verhältniss dieser beiden angeblichen Unrechtsarten zu einander das folgende: In ihnen sind, da die Schuld nicht auf eine Qualifikation der dem Rechte widersprechenden Verletzung, sondern lediglich auf eine besondere Beschaffenheit des verletzenden Willens schliessen lässt, rechtlich gleichartige Ereignisse einander gegenübergestellt, von denen nur das eine, nicht aber das andere einen rechtlich bedeutsamen Entstehungsprocess aufweist [16]. Logischer Weise kann hiernach gar nicht die Rede davon sein, dass Diebstahl und Mord einer als subjektives Unrecht zu bezeichnenden Unrechtsart angehörten, die b. f. possessio und eine durch unglücklichen

---

[15]) Vgl. Ihering a. a. O. S. 5.

[16]) Auf welche Weise es möglich sein kann, dass sich aus rechtlich verschiedenen Entstehungsprocessen, also aus ungleichen Faktoren, doch das gleiche Facit einer rechtswidrigen Verletzung ergiebt, wird weiter unten, namentlich im 3. Abschnitt seine nähere Erläuterung finden.

Zufall herbeigeführte, von Niemand verschuldete Tödtung hingegen als Fälle einer demselben Gattungsbegriff Unrecht zu unterstellenden Art des objektiven Unrechts erschienen. Denn wo man Arten annehmen will, darf nicht die eine Species mit ihren Merkmalen völlig in der andern enthalten sein und sich diese lediglich durch ein ihr zukommendes Plus von jener unterscheiden. Das subjektive Unrecht schliesst aber das objektive ganz in sich: obwohl der rechtswidrige Besitzverlust, bezw. die Tödtung die letztere Species bereits völlig erschöpfen, stellen diese Ereignisse nichtsdestoweniger doch zugleich nur einen Theil des zu jener erstern erforderlichen Thatbestandes dar. Nun könnte man freilich meinen, das Merkmal des Gattungsbegriffs bestände in dem Widerspruche gegen das Recht, und wir hätten als subjektives Unrecht den durch den rechtswidrigen Willen gebildeten (subjektiven) Widerspruch, als objektives Unrecht aber den (objektiven) Widerspruch zu bezeichnen, in dem ein Ereigniss oder ein Zustand zum Rechte steht. Damit könnte man sich aber nicht der Konsequenz erwehren, jede schuldlos herbeigeführte Verletzung unserer Interessen als objektives Unrecht zu bezeichnen; und wie weit dies gehen würde, haben wir gesehen. Ferner wäre dann auch angesichts der schuldhaft verursachten Verletzungen von einem doppelten Unrecht, nemlich sowohl von einem subjektiven, als auch von einem objektiven zu reden. Will man dies Alles nicht, so bleibt nur noch eine Möglichkeit übrig, nemlich anzuerkennen, dass die mit dem Namen des objektiven Unrechts bezeichnete dem Rechte widersprechende Verletzung eines der zu allem Unrecht erforderlichen Begriffsmerkmale bildet, welches nicht für sich allein, sondern nur in Verbindung mit dem Schuldmomente den Unrechtsbegriff herstellt. Damit schliesst der Gattungsbegriff des Unrechts sowohl einen subjektiven, als auch einen objektiven Widerspruch gegen das Recht in sich, und die beiden angeblichen Unrechtsarten verlieren so ihre Existenzberechtigung. Schuldloses Unrecht ist dann eine contradictio in adjecto, schuldhaftes Unrecht aber eine Tautologie.

§ 2.

Die Verletzung als Voraussetzung des Unrechts.

Alles Unrecht stellt einen doppelten Widerspruch gegen das objektive Recht dar. Nicht aber verletzt es das Recht. Wer Letzteres annimmt, bedient sich nicht etwa einer unschädlichen Metapher, sondern stellt eine Behauptung auf, die um so energischer bekämpft werden muss, als sie den Ausgangspunkt für eine ganze Reihe von Missverständnissen bildet.[17]) Verletzt erscheint im Unrecht das dem Rechtsschutz unterstellte Interesse. Aber weder mit dieser Verletzung, noch auch mit dem sich gegen die Rechtsvorschriften auflehnenden Willen ist eine Rechtsverletzung gegeben. Für Beides wird vielmehr grade die Integrität des Rechts gefordert. Denn woran sollten, wenn das Recht vernichtet werden würde, Interessenverletzung und Willenswiderspruch noch weiter gemessen werden, und wie könnten sie noch ferner als Widersprüche gegen das Recht erscheinen, wenn dieses zu existiren aufgehört hätte? Dass das Recht nicht durch Unrecht verletzt werde, ist sicher keine werthlose, nur für den Denker existirende Abstraktion, wie Hälschner annimmt. Wollte man die Rechtsverletzung zum Begriffsmerkmal des Unrechts erheben, indem man darauf hindeutete, dass langgeübte Missachtung, die ein Rechtssatz erfährt, ihn allmälig zu vernichten vermag, so würde es zu einem Unrecht nur in den seltenen Fällen kommen, wo die Unbotmässigkeit des Einzelnen wirklich nachweisbar diese zerstörende Macht besässe. Un-

---

[17]) Für die richtige Ansicht namentlich Binding, Normen, Bd. 1. Vgl. besonders S. 184, 185, 193. Die Vertheidigung der herrschenden Ansicht, welche Hälschner, Gerichtssaal XXVIII, S. 413, den Bindingschen Ausführungen gegenüber, unternommen hat, kann ich nicht für gelungen erachten.

denkbar ist dies freilich nicht. Man braucht sich etwa nur vorzustellen, wie unter Umständen planmässig angelegte von einer Mehrheit unternommene Gesetzesumgehungen den Gesetzgeber zur Aufhebung des bestehenden und zum Erlass eines neuen Gesetzes bringen können. In Wahrheit erschiene dann aber solche durch Kontravention dem bestehenden Rechte zugefügte Verletzung immer doch nur als blosses Accidens für den Unrechtsbegriff. Denn dass, wie wohl behauptet wird, regelmässig der oft gegen einen und denselben Rechtssatz bezeigte Ungehorsam denselben allmälig erschüttere, vermag ich nicht einzusehen. Grade keiner Norm ist wohl häufiger zuwider gehandelt, als der, fremde Vermögensinteressen nicht zu verletzen; nichts desto weniger hat aber die Häufigkeit der Kontravention ihr durchaus nichts anzuhaben vermocht.

Gehört demnach auch zum Verbrechen nur eine Gesetzesübertretung, keine Rechtsverletzung, so ist es vollkommen richtig, wenn Binding lehrt[18], das vom Verbrecher übertretene Gesetz sei nicht das Strafgesetz; nicht diesem sei zuwider gehandelt, denn der Verbrecher habe grade dem Strafgesetz in seinem ersten Theile gemäss und im Einklang mit demselben gehandelt: sondern zuwider gehandelt sei der Norm, die erkennbar werde durch Umwendung des ersten Theiles unserer hypothetisch gefassten Strafgesetze „in einen Befehl, nicht zu handeln, wie es daselbst bezeichnet ist“.

Indem ich davon ausgehe, dass zu jedem Unrecht eine sich als Interessenverletzung objektivirende Willensopposition gehöre, schliesse ich dasselbe einerseits aus, wo eine in Verletzungsabsicht unternommene Handlung gar nicht verletzend wirkt[19]; verneine aber andererseits, obwohl es kein Unrecht ohne Normübertretung giebt, dass schon jede Normübertretung ein Unrecht darstelle. So übertritt z. B. Derjenige, der, dem Verbote, in gefährlicher Nähe von Gebäuden zu schiessen, ungehorsam, sein Gewehr unter solchen Verhältnissen abfeuert, gewiss eine Norm. Ein Unrecht begeht er

---

18) Binding, Normen I, namentlich S. 3—5.

19) Ich sage hier absichtlich nicht, dass kein Verbrechensversuch die sämmtlichen zum Unrechtsbegriff erforderlichen Merkmale in sich schliesse. Denn ich hoffe, ohne mit dem im Text Gesagten in Widerspruch zu treten, im § 8 den Nachweis zu liefern, dass die objektive Seite des Verbrechensversuches eine Verletzung darbieten könne.

aber nicht, da Niemand behaupten wird, mit solchem Schiessen sei jedes Mal eine Verletzung gegeben. Ist die Herbeiführung von bestimmten, keine Verletzung darstellenden Ereignissen also auch durch eine Norm verboten, so darf uns dies doch nicht dazu verleiten, ihnen eine objektiv rechtswidrige Qualität da beizumessen, wo feststeht, dass nur ihre abstrakte Gefährlichkeit das Verbot erzeugt hat. Mag die Besorgniss, welche die entsprechenden Handlungen zu verbotenen stempelt, auch noch so begründet sein, so rechtfertigt dies doch immer nur das Verbot, keineswegs aber auch die Annahme, als ob dessen Uebertretung noch einen andern Widerspruch, als den des Willens, gegen das Recht aufweise. Die Beschaffenheit des durch die Norm verbotenen Ereignisses wäre freilich bedeutungslos, wenn der Zweck des Rechts darin bestände, Gehorsam und normgemässes Verhalten des Einzelwillens zu erzielen. Unterschiedslos wäre dann mit der Uebertretung jeder Norm auch der ihre Aufstellung hervorrufende Zweck verfehlt. Das Recht verbietet aber nicht, damit wir uns in der zweifelhaften Tugend des Gehorsams üben, sondern weil dieser vielfach als Mittel zur Erfüllung der Rechtszwecke erscheint. Wenn Binding[20]) in allen strafbaren Thatbeständen theils reinen, theils Verletzung in sich schliessenden Ungehorsam erblickt, so beruht dies ja auf durchaus korrekter Auffassung.[21]) Nimmt er aber zugleich an, in diesen beiden Gliedern präge sich eine verschiedene Gestaltung des Deliktsmomentes aus, so führt ihn die richtige Wahrnehmung, dass der Ungehorsam das allen Normübertretungen gemeinsame Moment bildet, zu einer lediglich formalen Erfassung des Unrechtsbegriffs. Indem sich der Gattungsbegriff des Unrechts für Binding bereits in dem Merkmal des subjektiven Widerspruchs gegen das Recht erschöpft[22]), lässt sich dieser Schriftsteller nicht nur zu einem in

---

[20]) Normen I, S. 204 ff.

[21]) Ueber die Stellung, die der Gefährdung diesem Dualismus gegenüber zukommt, werde ich mich im § 7 zu äussern haben.

[22]) Auf Grund dieser rein formalen Auffassung vom Unrecht gelingt es Binding, die herkömmlichen Gegensätze von Verbrechen und Polizeiunrecht, so wie von materiellem und formellem Unrecht zurückzuweisen. Gegen solche Unterscheidungen muss auch ich mich erklären, wenn auch, wie sich zeigen wird, aus anderen Gründen wie Binding. Auch mir scheint es unstatthaft,

seiner Allgemeinheit unerweislichen Satze drängen, sondern es wird damit zugleich auch das m. E. werthvollste Resultat der ganzen Normentheorie in Frage gestellt. Soll diese fruchtbringend wirken, und soll der Wissenschaft aus dem Satze Gewinn erwachsen, dass der Verbrecher gar nicht gegen das Strafgesetz, sondern nur gegen die in diesem enthaltene Norm handle, so muss vor allen Dingen die von Binding behauptete Sonderexistenz der Norm dem Strafgesetz gegenüber auf ein bestimmtes Gebiet eingeschränkt werden. Geschieht dies nicht, und wird diese Sonderexistenz grundlos gegenüber allen strafbaren Thatbeständen ohne Ausnahme behauptet, so werden die Einwände, die sich gegründeter Weise lediglich gegen die

---

mit Köstlin von einem „blos möglichen Unrecht“ zu reden, „welches die Polizeigewalt etwa deshalb verbiete, weil es, ohne wirkliches Unrecht zu sein, doch dessen erfahrungsgemässe reale Möglichkeit sei.“ (N. Rev. § 3.) Wenn Binding annimmt (I. S. 182), dies sei verkehrt, weil man, wo eine Gesetzesübertretung vorliege, nicht mehr von einem blos möglichen Unrecht reden könne, so möchte ich umgekehrt den Fehler Köstlins darin finden, dass er Etwas, von dem er selbst anerkennt, dass es kein Unrecht sei, als eine Unrechtsart bezeichnet. Denn hierzu berechtigt ihn auch nicht der Umstand, dass die ihrer abstrakten Gefährlichkeit halber verbotene Handlung in concreto einen verletzenden Verlauf nehmen kann. Auf das Entschiedenste muss nemlich bestritten werden, dass die solchergestalt eintretende Verletzung jemals einen integrirenden Bestandtheil der Uebertretung derjenigen Norm bilde, durch welche die abstract gefährliche Handlung verboten ist. Vielmehr liegt hier nur folgende doppelte Möglichkeit vor: die eingetretene Verletzung ist entweder nicht zur Schuld zuzurechnen, oder sie ist zur Schuld zuzurechnen. Erstern-falls hat also der Thäter zwar das Bewusstsein gehabt, dass er normwidrig handle; er hat also z. B. gewusst, es sei verboten, in gefährlicher Nähe von Gebäuden zu schiessen, sein Wille hat aber nicht entfernt den zum Morde, Todtschlag oder zur kulposen Tödtung erforderlichen Inhalt gehabt; er schoss, um sein Gewehr zu probiren, aber erst nachdem er sich vorsichtig nach allen Seiten umgesehen hatte, ob auch kein Mensch in der Nähe sei. Will hier das Unglück, dass er dennoch einen Menschen erschiesst, so hat er nicht das Verbot zu tödten übertreten; denn entschieden verwerflich wäre es, ihm deshalb, weil er in illicito versirte, die Tödtung als eine kulpos hervorgebrachte imputiren zu wollen. Die objektiv rechtswidrige Thatsache der Tödtung steht hier also isolirt für sich, ohne den Bestandtheil einer Normübertretung zu bilden. Ist aber dem betreffenden Thäter die Tödtung zugleich zur Schuld zuzurechnen, hat er also dolos oder kulpos geschossen, so gehört die Tödtung dann lediglich zur Uebertretung der die Tödtung verbietenden Norm, nicht aber bildet sie auch einen Bestandtheil der Uebertretung jener andern das Schiessen in gefährlicher Nähe von Gebäuden verbietenden Norm. Es würde solchenfalls eine Konkurrenz zweier Normübertretungen vorliegen.

unzulässige Ausdehnung des Princips erheben lassen, nur allzuleicht auch gegen den richtigen Kern desselben gekehrt werden. Allerdings kann man bei allen unsern heutigen hypothetisch gefassten Strafgesetzen ihren ersten Theil in einen Befehl, nicht zu handeln, wie es daselbst bezeichnet ist, umwandeln und so zu einer Norm gelangen. Als unabhängig und präexistirend vor dem Strafgesetz erscheinen jedoch nur diejenigen Normen, die ohne eine Verletzung nicht übertreten sein können. Ist dies richtig, so erhält dann auch eine nicht unbeträchtliche Anzahl von Thatbeständen, denen gegenüber Binding von einem Unrecht spricht, den vermeintlich deliktischen Charakter erst durch das Strafgesetz. Wer einem Andern eine fremde bewegliche Sache in der Absicht wegnimmt, sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen, übertritt sicher keine erst durch den art. 242 des D. St.G.B. geschaffene Norm, noch auch würde der betreffende Thäter mit dem Wegfall dieses Strafgesetzes einen dolus an den Tag zu legen aufhören; sein Handeln würde vielmehr nach wie vor ein normwidriges bleiben. Dagegen vermag ich nicht einzusehen, welche Norm z. B. nach dem Wegfall der Z. 7 des art. 368 D. St.G.B. Derjenige noch übertreten würde, der, ohne dolos oder fahrlässig zu verletzen, in gefährlicher Nähe von Gebäuden mit einem Feuergewehr schösse, oder wie sich etwa unabhängig von der Z. 3 des art. 368 D. St.G.B. eine Norm nachweisen liesse: „Du sollst ohne polizeiliche Erlaubniss keine neue Feuerstelle errichten“. Ohne die Existenz des betreffenden Strafgesetzes und unabhängig von demselben bildet sich bei diesen letztern Thätern gar keine Willensopposition gegen das Recht heraus.[23]) Folgendes ist der Grund, weshalb dies bei den Normen, welche zu verletzen verbieten, ganz anders ist: Indem der Rechtswille unsere Interessensphäre zur Rechtssphäre abgrenzt und die innerhalb der Grenzen befindlichen Interessen für seinem Schutze unterstellt erklärt, schliesst sich als logische Konsequenz an das

---

[23]) Wenn Binding infolge der von der Kritik gegen die unbedingte Sonderexistenz aller Normen erhobenen Angriffe seine ursprüngliche Ansicht auch später (Normen II, S. VI) dahin modificirte, dass die Norm begrifflich, nicht aber nothwendig auch zeitlich dem Strafgesetz vorausgehe, so ist damit m. E. nicht viel gewonnen. Vgl. über diesen Punkt der Bindingschen Normentheorie die beachtenswerthe Kritik Wachs, Gerichtssaal XXV, S. 437.

Dasein dieser Rechtssphäre das gegen Jedermann gerichtete Verbot an, so zu handeln, dass das Rechtsschutzobjekt eine Beeinträchtigung erfahre. Um Verletzungsverbote ins Leben zu rufen, bedarf es also keiner weitern Willensbethätigung und keines neuen schöpferischen Aktes von Seiten der das Recht bildenden Faktoren. Vielmehr finden diese Normen in dem abgegrenzten Rechtsschutzobjekt ihr logisches Prius. Vom Strafgesetz ist die Existenz dieser Normen aber deshalb durchaus unabhängig, weil die Strafe eine besonders geartete Form des Rechtsschutzes ist, Strafgesetze mithin auch nicht den Umfang des geschützten Gegenstandes ausdehnen, sondern nur weitere Garantien für seinen Bestand einführen. Der Strafgesetzgeber schafft demnach auch die Verletzungsverbote nicht, wenn er ihre Uebertretung unter Strafe stellt, sondern reproducirt sie nur. Die zur Uebertretung keine Verletzung fordernden Normen werden dagegen mit der Abgrenzung unserer Rechtssphäre noch nicht geboren, sondern erst durch den Strafgesetzgeber ins Leben gerufen. Für die gegentheilige Auffassung pflegt man sich zwar auf den Satz zu berufen, dass das Verbot der Verletzung eines Gutes auch das seiner Gefährdung involvire. Dieser Satz würde jedoch die Existenz von Normen voraussetzen, welche einen objektiven Zustand der Gefahr herbeizuführen verbieten. Solche Gefährdungsverbote kann es aber, wie sich später zeigen wird, gar nicht geben.[24])

Da dies Alles nun zu dem Resultate führt, dass sehr viele nach positivem Rechte unter Strafe gestellte Thatbestände ausserhalb der Unrechtskategorie liegen, so setzt die Berechtigung des hier zu Grunde gelegten Unrechtsbegriffs eine Untersuchung über die Bedeutung der Strafe, so wie des Satzes voraus, dass dieselbe eine Folge des Unrechts sei. Dies führt uns aber zur Erörterung

---

[24]) Zur Widerlegung des im Text Gesagten könnte man vielleicht darauf hinweisen, es sei doch nicht ausgeschlossen, dass der Strafgesetzgeber auch Normen, die nicht Verletzungsverbote wären, im positiven Rechte vorfände und ihre bisher straffreie Uebertretung von nun ab unter Strafe stellte. Allerdings würde in solchem Falle von einer Unabhängigkeit auch dieser Normen vom Strafgesetze geredet werden müssen. Damit wäre aber, worauf es mir für die Erfassung des Unrechtsbegriffs allein ankommt, immer noch nicht bewiesen, dass auch die Uebertretung anderer, als der Verletzungsverbote, ein dem Rechtszwecke widersprechendes Ereigniss in sich schlösse.

des Problems, welches sich mit der Abgrenzung des Civilunrechts vom Kriminalunrecht beschäftigt.[25])

---

[25]) Da ich übereinstimmend mit Binding, Normen I, S. 206, annehme, dass der Ungehorsam in der Unterlassung reiner Ungehorsam ist, ich solchen aber nicht als Unrecht anzuerkennen vermag, so bildet dies den Grund, weshalb ich bei Besprechung der angeblichen Unrechtsarten das sog. positive und negative Unrecht nicht besonders erwähne. Durch den Inhalt meiner lediglich der Darstellung des Unrechts gewidmeten Aufgabe rechtfertigt sich demnach auch zugleich, weshalb zunächst stets nur die Verbote, nicht aber auch die ein bestimmtes Thun fordernden Gebote ins Auge gefasst werden. Wo hier die Grenzen des Unrechts laufen, wird in den §§ 17 und 18 bei Besprechung der sog. per omissionem begangenen Kommissivdelikte zur Klarheit gelangen.

§ 3.

Civilunrecht und Kriminalunrecht.

Sobald es kein schuldloses Unrecht giebt, kann das Schuldmoment auch nicht das Princip einer besondern Unrechtsart bilden. Civilunrecht und Kriminalunrecht, wenn sie als Unrechtsarten überall existenzberechtigt sind, müssen daher jedenfalls einen andern Gegensatz, als den von schuldlos und schuldhaft herbeigeführter Verletzung darstellen. Da für strafloses schuldhaftes Unrecht kein Raum bleibt, wenn das dem unbefangenen Unrecht gegenübergestellte Verbrechen keine weitere Begriffsbestimmung erfährt, als die, schuldhaftes Unrecht zu sein, so musste sich der Grundfehler der Hegelschen Theorie auch schon unabhängig von der Erkenntniss, dass es überall kein Unrecht ohne Schuld gebe, offenbaren. Neben den Bemühungen, die Grenze zwischen dem Civilunrecht und dem Verbrechen im Anschluss an Hegel zu bestimmen, tauchen denn auch schon bald nach Hegel Versuche auf, das Problem auf anderer Basis zu lösen. Dass aber diese Versuche jedenfalls zur Zeit, als Merkel die Frage in Angriff nahm, noch nicht mit Erfolg gekrönt waren, hat dieser Schriftsteller in seiner trefflichen kritischen Zusammenstellung der angesehensten Theorien seiner Vorgänger gezeigt.[26]) Entweder erklärte man nemlich durch das Civilunrecht subjektives Recht, durch das Verbrechen objektives Recht für angegriffen. Oder man sagte vom Civilunrecht aus, dass es ersetzbare, veräusserliche Güter, vom Verbrechen aber, dass es unersetzbare Güter verletze. Oder man hielt dolus und kulpa im strafrechtlichen Sinne für etwas principiell Verschiedenes von dolus

[26]) Merkel a. a. O. Bd. 1, S. 4—41.

und kulpa im civilrechtlichen Sinne. Oder man versuchte, jedem kulposen Verbrechen, so wie allem straflosen dolosen Unrecht zum Trotz das dolose Unrecht zum Kriminalunrecht, alles kulpose aber zum Civilunrecht zu stempeln. Genug, man stellte Theorien auf, die, insoweit die vermeintlichen Principien überall auf realem Grunde beruhten, doch jedenfalls insgesammt durch die Thatsache widerlegt wurden, dass das positive Recht das Verbrechen nach keinem dieser Merkmale vom straflosen Unrecht sondert. Lassen alle diese Theorien einen von ihnen nicht aufgelösten Rest im positiven Rechte zurück, so kann man sich dem gegenüber auch nicht etwa damit beruhigen, dass es sich um eine rechtsphilosophische Aufgabe handle, die immerhin als gelöst angesehen werden könne, wenn selbst das gefundene Resultat nicht mit dem historisch gewordenen Rechte kongruire.[27]) Denn dies hiesse nichts Andres, als die spekulative Methode an die Stelle der induktiven setzen, einer Metaphysik des Rechts das Wort reden und die Rechtsphilosophie aus der Reihe der Wissenschaften streichen.

Wenn Merkel seine kritische Betrachtung mit dem Satze abschliesst, dass sich dem allgemeinen Thatbestande des bürgerlichen Unrechts kein davon verschiedener allgemeiner Thatbestand des strafbaren Unrechts gegenüberstellen lasse, so verdankt er dieses richtige Resultat im Wesentlichen der richtigen Methode, die er anwendete. In verdienstlicher Weise drang er nemlich darauf, dass man, bevor man Unrechtsarten aufstelle, zunächst den Gattungsbegriff des Unrechts feststellen müsse. Da dieser Weg aber zur Erkenntniss führt, dass die schuldhafte Verletzung des Rechtsschutzobjektes den Gattungsbegriff erschöpft, so gewinnen wir damit eine unter allen Umständen Vortheile in Aussicht stellende Grundlage. Entweder erschliesst sich nemlich jetzt der Weg zur Lösung des Problems, oder wir müssen, wenn dies nicht der Fall, da die Untersuchung an keinen andern Ausgangspunkt mehr anknüpfen kann, alsdann zu der Ueberzeugung gelangen, dass die Wissenschaft, indem sie ein Civilunrecht von einem Kriminalunrecht abzugrenzen versucht, einem blossen Phantom nachjagt.

---

[27]) Auf diese Weise hat namentlich Walther, Münchn. krit. Vierteljahrschr. Bd. II, S. 322 ff., die Basis der Hegelschen Theorie zu retten gesucht.

Dass der auf dieser Basis von Merkel unternommene Versuch, die vielbestrittene Frage zum befriedigenden Abschluss zu bringen, ein gelungener sei, kann nicht behauptet werden. Ihm gegenüber erweist sich vielmehr die Kritik Bindings siegreich.[28]) Wenn Binding aber, nachdem er uns gezeigt hat, dass sich der allgemeine Unrechtsthatbestand nicht differenziren lasse, weder auf Grund einer Verschiedenheit der übertretenen Norm, noch auf Grund des subjektiven Verhaltens des Angreifers, noch auch auf Grund einer Verschiedenheit in der Art, wie sich der widerrechtliche Angriff verwirkliche, wenn Binding hieraus folgert, dass von allen denkbaren Eintheilungen des Unrechts in Arten keine einzige mit der Unterscheidung des strafbaren und des nicht strafbaren Unrechts zusammenfalle[29]), so scheint mir dieser Schluss durchaus noch nicht zwingend zu sein. Vielmehr kann Binding nur zugestanden werden, durch seine vorzüglich gegen Merkel und Hälschner gerichtete Polemik nachgewiesen zu haben, dass diese seine Gegner das richtige Princip nicht auffanden. Dass er aber den weiteren Beweis geliefert habe, es könnten unmöglich zwei als Civilunrecht und Kriminalunrecht zu bezeichnende Unrechtsarten existiren, dies muss ich um so bestimmter in Abrede stellen, als, wie sich gleich zeigen wird, Binding grade nach seinen Prämissen zu solchem Resultate gar nicht gelangen durfte.

Wenn ein und derselbe allgemeine Unrechtsthatbestand bald für die Strafe, bald für die civile Ersatzverbindlichkeit die Voraussetzung bildet, so scheint damit die Aufgabe gegeben zu sein, durch Vergleichung der die Strafe bedingenden Thatbestände mit den die Ersatzverbindlichkeit bedingenden innerhalb dieses allgemeinen Unrechtsthatbestandes die bestimmte Qualifikation zu suchen, von der die Verschiedenheit der Folge abhängt. In Wirklichkeit wird jedoch das Dasein eines solchen Problems durch ein bestimmtes Verhältniss von Strafe und Entschädigungszwang dem allgemeinen Unrechtsthatbestande gegenüber bedingt, während sich die Art der Lösung des Problems durch das Verhältniss dieser beiden angeblichen Unrechtsfolgen zu einander bestimmt.

Was zunächst den letztern Punkt anlangt, so wäre der Unter-

---

28) Vgl. namentlich Normen I, Abschnitt 3.

29) Normen I, S. 157.

schied zwischen Civil- und Kriminalunrecht schliesslich ein blos quantitativer, wenn man mit Merkel u. A. davon ausgehen dürfte, dass Strafe und Ersatzverbindlichkeit dem allgemeinen Unrechtsthatbestande gegenüber eine wesentlich gleiche Funktion erfüllten. Entweder giebt dann die quantitative Beschaffenheit der Verletzung oder der Intensitätsgrad des rechtswidrigen Willens den Ausschlag, und wir hätten nur die Linie zu suchen, auf der dieser Quantitätsunterschied in einen specifischen umschlüge. Kann aber das Unrechtsgebiet wirklich auf diese Weise in zwei Hälften zerlegt werden, so muss der Entschädigungszwang jedem straflosen Unrecht, aber auch nur diesem, jedem von dieser Civilfolge nicht begleiteten Unrecht, aber wieder auch nur diesem, die Strafe auf dem Fusse folgen. Jedes Unrecht wäre entweder civiles oder kriminelles, man müsste denn behaupten wollen, es gäbe auch Verletzungen oder einen rechtswidrigen Willen von quantitativ so geringer Beschaffenheit, dass ihnen gegenüber selbst die auf quantitativ geringeren Voraussetzungen beruhende Funktion nicht einmal einzusetzen vermöchte. Keinesfalls dürfte es aber sowohl von Strafe, als von Schadensersatz begleitetes Unrecht geben. Denn mit diesem gleichzeitigen Auftreten Beider ist die Behauptung ihrer wesentlichen Gleichheit schlechterdings unvereinbar. Existirt diese Gleichheit, so muss die Strafe den Schadensersatz absorbiren, kann ihn aber nicht mehr neben sich dulden. Die Ungleichheit hat denn auch Binding allen Denen gegenüber, welche sie bestreiten, in unwiderleglicher Weise dargethan, indem er darauf hinweist, dass sich im Gegensatz zur Strafe das Mass der Ersatzverbindlichkeit fast ausschliesslich nach der Grösse der Verletzung bemisst, dass es wohl der Strafe, nicht aber dem Schadensersatze wesentlich ist, für den Verletzer ein Uebel zu sein, dass jene der Staat, diesen der in seinen Interessen beeinträchtigte Private fordert.[30]) Damit empfängt aber das Problem

[30]) Zu einem falschen Schlusse auf Grund richtiger Wahrnehmungen gelangen aber z. B. Diejenigen, welche, nachdem sie ganz richtig die Ersatznatur der Strafe leugnen und hieraus folgern, dass die Ersatzfähigkeit des Verletzers keinen Strafausschliessungsgrund bilde, nun weiter schliessen, dieses Moment der Ersatzfähigkeit dürfe auch keinen Einfluss auf die Ausmessung des Strafquantums gewinnen. Dies ist insoweit falsch, als die Intensität des rechtswidrigen Willens in hypothesi durch das Bewusstsein des Verletzers, ersatzfähig zu sein, herabgemindert erscheinen kann.

folgenden Inhalt: Wurzeln Strafe sowohl, wie Schadensersatz, in einem und demselben allgemeinen Unrechtsthatbestande, so muss dieser letztere zwei Qualifikationen annehmen können, die möglicher Weise neben einander bestehen, von denen aber zugleich auch da, wo nur eine von ihnen vorhanden ist, die Existenz derselben nicht durch den Mangel der andern nothwendig geworden ist. Während also z. B. das Verbrechen der Gotteslästerung lediglich die strafbedingende, der straflose dolose oder kulpose Kontraktbruch aber lediglich die den Schadensersatz bedingende Qualifikation in sich schlösse, würde die dolose strafbare Sachbeschädigung des art. 303 D. St.G.B. den Fall darstellen, in dem ein und derselbe Unrechtsthatbestand beide Qualifikationen zugleich enthielte. Damit wären also anstatt einer einzigen zwei völlig von einander trennbare Aufgaben zu lösen: ein Mal müsste auf Grund der die Strafe nach sich ziehenden Qualifikation strafbares vom straflosen Unrecht geschieden werden, und zwar wäre diese Scheidung ohne alle Rücksicht auf das zum Ersatzzwang verpflichtende Kriterium vorzunehmen. Andererseits wäre aber ein Unrecht mit und ohne Ersatzzwang anzunehmen, ohne dass dieser Gegensatz irgend wie durch die Eintheilung des Unrechts in strafbares und strafloses beeinflusst erscheinen dürfte.

Die Lösbarkeit jeder dieser beiden Aufgaben setzt indess voraus, dass Ersatzverbindlichkeit und Strafe wirklich Folgen des Unrechts sind. Ergiebt eine nähere Untersuchung rücksichtlich beider Funktionen das Gegentheil, so kann weder ein Civil-, noch ein Kriminalunrecht existiren. Lässt sich nur die eine oder die andere dieser Funktionen als Unrechtsfolge bezeichnen, so besteht auch nur die eine oder die andere Unrechtsart. Unrechtsfolgen sind Strafe und Schadensersatz jedoch nur in dem Falle, wenn der Zweck, den sie mit ihrem Eintritt verbinden, den allgemeinen Unrechtsthatbestand als Voraussetzung fordert. Falls sich also z. B. der Zweck der Strafe ganz unabhängig vom Vorhandensein der Unrechtsmerkmale erfüllt, ist die Strafe, obwohl es strafbares Unrecht giebt, doch keine Unrechtsfolge, zwischen ihr und dem voraufgehenden Unrecht besteht alsdann vielmehr nur ein zufälliger Zusammenhang. Keinenfalls geben dann auch die strafbedingenden Momente ein Princip zur Erfassung des strafbaren Unrechts als einer Unrechts-

art ab. Ist hingegen die Strafe eine Unrechtsfolge, so muss das strafbare Unrecht jedenfalls auch eine besondere Unrechtsart darstellen. Denn nur der Nachweis eines den Gattungsbegriff des Unrechts differenzirenden Artmerkmals vermag den Widerspruch zu heben, in dem solchenfalls die Thatsache, dass es strafloses Unrecht giebt, zu der Behauptung stehen würde, die Strafe sei eine Unrechtsfolge. Wenn Binding auf Grund seines ganz formal gefassten Unrechtsbegriffs die Schadensersatzverbindlichkeit nicht als Unrechtsfolge betrachten konnte, so musste damit allerdings für ihn jede Möglichkeit entfallen, auf eine den Ersatzzwang bedingende Qualifikation innerhalb des allgemeinen Unrechtsthatbestandes zu reflektiren. Indem er aber die Strafe für eine Folge des Unrechts hält und als Anhänger der absoluten Strafrechtstheorien[31]) ihren Zweck in einer dem vorausgehenden Unrechtsthatbestande gegenüber ausgeübten Wirkung findet, durfte er in dieser Streitfrage auch gar nicht zu einem negativen Resultate gelangen.[32]) Denn die absoluten Strafrechtstheorien verlangen unverweigerlich die Aufstellung eines Kriminalunrechts. Ist doch auch das ganze Problem erst geboren worden, nachdem sich in der deutschen Rechtswissenschaft der Kampf zwischen den absoluten und den relativen Theorien zu Gunsten der erstern entschieden hatte: so dass es kein blos zufälliges Zusammentreffen war, wenn derselbe Hegel, der sogar einen dialektischen Zusammenhang zwischen Unrecht und Strafe statuirte, zugleich auch der Erste war, der Unrechtsarten aufstellte. Mag auch speciell die Strafrechtstheorie Hegels das Bedürfniss zur Artenbildung innerhalb des Unrechts in besonders handgreif-

---

[31]) Wiederholt zeigt sich Binding als entschiedener Anhänger der absoluten Strafrechtstheorien, so z. B. Normen I, S. 158, 159, und II, § 32. Das die beiden Gruppen der absoluten und relativen Strafrechtstheorien von einander scheidende Moment besteht nicht, wie so häufig behauptet wird, darin, dass die Strafe nur nach diesen, nicht aber nach jenen einen Zweck verfolgt. Einen Zweck verfolgt die Strafe vielmehr nach jeder Strafrechtstheorie. (Vgl. auch Heinze in Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafr. I, S. 243.) Nur erfüllt sich im Gegensatz zu den absoluten Theorien dieser Zweck nach den relativen nicht dem die Strafe bedingenden Thatbestande gegenüber.

[32]) Die blosse Behauptung Bindings, Normen I, S. 126, 127, dass die Strafe eine qualificirte Normübertretung voraussetze, kann, wenn nicht zugleich angegeben wird, worin die Qualifikation besteht, zur Vertheidigung des absoluten Standpunktes nicht genügen.

licher Weise herausgefordert haben, so kann sich doch keine einzige absolute Theorie ohne solche Artenbildung behelfen. Ich weiss z. B. nicht, wie man von einem kategorischen Vergeltung heischenden Imperativ des Strafgesetzes reden kann, wenn man nicht zugleich ein greifbares Moment angiebt, welches strafbares von straflosem Unrecht unterscheidet. Dieser Imperativ würde ja sonst mitten auf dem völlig gleichgearteten Gebiete des Unrechts in durchaus unerklärlicher, seine Existenz verdächtigender Weise Halt machen.[33])

Als der sicherste Weg zur Lösung der Frage, ob es ein Civil- und ein Kriminalunrecht giebt, erscheint hiernach eine Untersuchung über das Verhältniss, in dem Ersatzzwang und Strafe zum Unrecht stehen.

---

[33]) Binding, Normen I, S. 132, irrt, wenn er annimmt, wer nur der Hegelschen Strafrechtstheorie absage, habe sich dadurch auch von der Nothwendigkeit befreit, strafbares und strafloses Unrecht als principielle Gegensätze anzuerkennen.

§ 4.

Der Ersatzzwang.

Da unser heutiges Recht im Princip den Satz anerkennt, dass der schuldhafte Schadensstifter, aber auch nur dieser zum Schadensersatz verbunden sei, so ist der Ersatzzwang um so mehr eine Unrechtsfolge, als die seinen Inhalt bildende Leistung ihren Zweck der zum allgemeinen Unrechtsthatbestande gehörenden Verletzung gegenüber erfüllt. Hiergegen spricht auch die Thatsache nicht, dass es Unrecht giebt, welches von dieser Civilfolge nicht begleitet wird; denn deutlich lässt sich die besondere Qualifikation erkennen, welche die Verletzung an sich tragen muss, damit der Ersatzzwang eintrete. Anders wäre dies natürlich, und die Ersatzverbindlichkeit könnte allerdings für eine Folge nichtdeliktischer Thatbestände ausgegeben werden, sobald man die Verletzung für kein Begriffsmerkmal des Unrechts halten dürfte. Diese von Binding vertretene Ansicht[34]) stellt sich aber keineswegs als logische Konsequenz der nachgewiesenen Ungleichheit von Strafe und Schadensersatz dar. Denn giebt man selbst zu, dass die Strafe eine Unrechtsfolge ist, so erscheint damit noch nicht unstatthaft, das Gleiche auch vom Schadensersatz zu behaupten. Immerhin könnte man etwa sagen, die Ersatzverbindlichkeit reagire der Verletzung gegenüber, aber nur unter der Bedingung, dass diese letztere schuldhaft verursacht sei; die Strafe reagire hingegen wider den in Opposition gegen das Recht stehenden Einzelwillen aber nicht anders, als wenn sich diese Opposition als Verletzung objektivirt habe. Damit wäre

[34]) Normen I, S. 225 ff.

immer noch die Ungleichheit von Strafe und Schadensersatz gewahrt, obwohl beide als Unrechtsfolgen erschienen. Erst mit dem Ausscheiden des Verletzungsmerkmals wird der Unrechtsthatbestand zu eng, um beiden Funktionen als Voraussetzung dienen zu können. Dass sich Binding zu dem Satze verleiten lässt, der Rechtsgrund der sog. Deliktsobligationen dürfe, wenn die Strafnatur der Ersatzleistung geleugnet sei, in dem Delikte als solchem nicht mehr gefunden werden, vielmehr bilde der Quasikontrakt ihre rechtliche Grundlage, erscheint daher in letzter Linie auch nur als eine Konsequenz der zu engen Fassung des Unrechtsbegriffs.[35])

Werden aber die allgemeinen Unrechtsmerkmale als nothwendige Voraussetzungen der Ersatzverbindlichkeit hingestellt, so muss man Binding freilich darin beistimmen, dass es durchaus nichtssagend ist, die den schuldhaften Lädenten treffende Ersatzpflicht auf ein allgemeines Rechtsaxiom oder eine allgemeine Idee der Gerechtigkeit zurückzuführen. Denn der Schadensersatz bildet eine Form des unsern Interessen gewährten Rechtsschutzes. Jeder Schutz setzt an sich die Existenz des geschützten Gegenstandes voraus. Indem aber an Stelle der untergegangenen dem Rechtsschutz unterstellten Substanz eine nach Quantität und Qualität möglichst gleichartige gesetzt werden soll, kann man nicht sagen, dass solcher dem Rechtsschutzobjekt über seine natürliche Existenz hinaus verliehener Schutz bereits mit dem unsere Interessensphäre zur Rechtssphäre abgrenzenden Rechtswillen gegeben sei. Die Statuirung der Ersatzpflicht ist vielmehr unabhängig hiervon und erscheint als ein Resultat, zu welchem die rechtsbildenden Faktoren auf Grund rechtspolitischer Erwägungen gelangt sind.[36]) Nicht die Ersatzverbind-

---

[35]) Nachdem Binding im Bd. I seiner Normen den Quasikontrakt für die rechtliche Grundlage der Deliktsobligation erklärt hatte, findet er hierin Bd. II, S. VI, einen ungenügenden Ausdruck für einen richtigen Gedanken, bestreitet aber nach wie vor, dass die Ersatzverbindlichkeit eine Unrechtsfolge sei. Vgl. gegen diese Ansicht namentlich Wach, Gerichtssaal Bd. XXV, S. 460 ff., und Hälschner, Gerichtssaal, Bd. XXVIII, S. 409.

[36]) Wie wenig selbstverständlich dem Röm. R. selbst die dem Schuldner seines kontraktwidrigen Verhaltens halber obliegende Schadensersatzverbindlichkeit erschien, zeigen die belehrenden Ausführungen Neuners a. a. O. S. 174 ff. Dass es sich hier um nichts weniger, als um die Ziehung blosser im Rechtsbegriff bereits gelegener Konsequenzen handelt, lassen die Worte der l. 91, § 3 D. de verb. oblig. (45, 1): Veteres constituerunt, quoties culpa

lichkeit, wohl aber die von mir als Beseitigung dei Verletzung bezeichnete Form des Rechtsschutzes bildet ein mit der Existenz der Verletzungsverbote gegebenes logisches Postulat der Gerechtigkeit. Denn erklärt das Recht eine uns treffende Verletzung für seinem Willen widersprechend, so liegt in der Beseitigung der schädigenden Ursachen und in der Verhinderung des Weiterumsichgreifens der Verletzung nichts Anderes, als eine Bethätigung dieses Rechtswillens.

Kann aber auch die Verpflichtung des Normübertreters, den gestifteten Schaden zu ersetzen, nicht auf logischem Wege gewonnen werden, so giebt doch die Natur der Sache wenigstens dafür Gründe an die Hand, weshalb, nachdem das positive Recht einmal die Schadensersatzverbindlichkeit anerkannt hat, nun auch der allgemeine Unrechtsthatbestand jedes Mal ihre unentbehrliche Voraussetzung bilden muss. Dass es keinen Schadensersatz ohne einen vorhandenen Schaden geben kann, ist nicht bestritten. Hieran ändert selbst die Thatsache Nichts, dass die französische sowohl, als die englische Praxis, dem entgegengesetzten Extrem huldigend wie die deutsche, nur allzu häufig das Vorhandensein von Schäden da annimmt und da auf ihren Ersatz erkennt, wo wir dieselben entweder nicht wahrzunehmen vermögen oder, wenn wir dies thun, jedenfalls daran verzweifeln, für sie einen auch nur annähernd entsprechenden Ausdruck zu gewinnen.[37]) Dagegen hört man häufig,

---

intervenit debitoris, perpetuari obligationem, deutlich erkennen. Nach Neuner gingen die Römer davon aus, dass den Inhalt der dem Schuldner obliegenden Leistung immer nur die Naturalerfüllung bilde, die Leistung des Interesses aber nicht einmal eventuell in obligatione sei. Bei unmöglich gewordener Naturalerfüllung habe, selbst wo des Debitors schuldhaftes Verhalten dies zu Wege bringe, die Obligation zu existiren aufgehört, grade so wie das Eigenthum aufhöre, wenn die körperliche Sache vernichtet sei. Wolle man dem Gläubiger Ersatz zusprechen, so könne derselbe an sich gar nicht auf Grund der untergegangenen Obligation gefordert werden. Bei schuldhaftem Verhalten des Debitors sei daher die Fortdauer der untergegangenen Obligation fingirt worden, und die Erfüllung des ursprünglichen Inhalts der Obligation erscheine hierdurch als noch fortwährend möglich. Der Schuldner werde nicht betrachtet, als könne er nicht erfüllen, müsste aber, weil er dies schuldvoll nicht mehr könne, das Interesse leisten, sondern als wolle er nicht erfüllen. Das Verbrachthaben werde hier als Vorenthalten betrachtet.

[37]) Mit Rücksicht auch auf die heutige englische Praxis sagt Macaulay, history of England, Tauchnitz edition IX, 53: In civil suits . . . they (sc. iuries)

dass die Schuld keine nothwendige Voraussetzung des Schadensersatzes sei. Vielfach ist aber die Beweisführung Derer, die dies behaupten, schon deshalb verfehlt, weil sie den Schadensersatz fälschlich mit der keinen deliktischen Thatbestand bedingenden Beseitigung der Verletzung identificiren und somit, was allerdings für diese richtig ist, unzulässiger Weise auf jenen übertragen. So verfährt z. B. Binding, indem er die Ersatzverbindlichkeit als eine blosse Unterart einer weitern Rechtsfolge der Reparationsverbindlichkeit bezeichnet.[38] Er vermeint, der Anspruch des Ehemannes und Hausvaters wider den, der Frau und Kinder vorenthalte, auf Restitution sei auf dem Gebiete des Familienrechts eine Forderung auf Besserung eines dem Rechte nicht entsprechenden Zustandes grade so, wie der Schadensanspruch auf dem Gebiete des Vermögensrechts; und ebenso sei der Ersatzleistung auch der Fall analog, in dem ein ohne Rechtsgrund Eingesperrter wieder befreit werde. Aber so gewiss wie die Restitution von Frau und Kindern und die Befreiung des ohne Rechtsgrund gefangen Gehaltenen unabhängig davon stattfinden, ob die betreffenden rechtswidrigen Zustände schuldhaft oder schuldlos geschaffen sind, so sicher erfüllt sich in ihnen doch ein ganz anderer Zweck, als in der Ersatzleistung. Gleich der Restitution der bisher vom Nichteigenthümer ohne Rechtsgrund besessenen Sache an den Eigenthümer, wollen auch sie nur der zukünftigen Verletzung steuern, die beim Weiterwirken der schädigenden Ursache zu entstehen droht, also der fortgesetzten Entbehrung von Frau und Kindern, so wie einer weitern Einbusse der persönlichen Freiheit. So wenig wie die blosse Restitution der Sache, schaffen aber auch sie dem betreffenden Verletzten dasjenige wieder zurück, was nach dem treffenden Ausdruck Neuners einmal verbracht ist. Hier wendet sich der Blick lediglich in die Zukunft, und es wird ein rein präventiver Zweck verfolgt. Nur der Schadensersatz reparirt, indem bei ihm zurück in die Vergangenheit, auf die Zeit vor Ein-

---

too often forget that their duty is merely to give the plaintiff a compensation for evil suffered; and if the conduct of the defendant has moved their indignation and his fortune is known to be large, they turn themselves into a criminal tribunal and under the name of damages impose a large fine.

[38]) Normen I, S. 231.

tritt des schädigenden Ereignisses geblickt wird, das verbrachte Interesse. Während sein Eintritt von der Schuld des Verletzers abhängt, ist es z. B. für die Befreiung des unschuldig Verhafteten völlig gleichgültig, ob ihn der Untersuchungsrichter im entschuldbarsten Irrthum oder in böswilliger Verletzung seiner Amtspflicht hat einstecken lassen.[39]) Ebenso grundlos führt Binding den Fall, wo Jemand das periculum zu tragen hat, als einen solchen an, in welchem ein Schuldloser schadensersatzpflichtig sei. Mit Recht hat bereits Hälschner[40]) hiergegen hervorgehoben, dass im Falle des Schadensersatzes Jemand einem Andern für einen Schaden aufkommen müsse, den dieser, wenn die Beschädigung eine schuldlose und nicht eine schuldhafte gewesen wäre, selbst hätte tragen müssen. Trägt aber Jemand das periculum und muss zahlen, ohne eine Gegenleistung zu empfangen, so gleicht seine Zahlung gar keine von ihrem Empfänger erlittene Verletzung aus. Vielmehr findet dann in der Zahlung nur die Thatsache ihren Ausdruck, dass die Verletzung seine eigne Rechtssphäre getroffen hat. Der Schadensersatz wird hingegen dem Träger der verletzten Rechtssphäre geleistet. Der Verkäufer der vor ihrer Tradition kasuell untergegangenen Sache erleidet daher nicht durch den Sachuntergang einen Schaden, sondern ein solcher würde ihn etwa erst treffen, wenn der Käufer zahlungsunfähig wäre. Wer aber auf Schadensersatz Anspruch hat, dessen Rechtssphäre muss unabhängig von der eintretenden Insolvenz des ersatzpflichtigen Lädenten eine Beeinträchtigung erlitten haben. Auch darin irrt Binding, wenn er meint, der Uebergang der Schadensersatzverbindlichkeit des Erblassers auf den schuldlosen Erben stelle ein Beispiel für die einem Schuldlosen auferlegte Ersatzpflicht dar. Denn indem der Erbe die Erbschaft mit allen Passivis antritt, übernimmt er, wie Wach a. a. O. richtig ausführt, durch solchen Antritt auch den

---

[39]) Der Beseitigung der Verletzung begegnet nicht nur, fälschlich mit Schadensersatz, sondern auch mit Strafe verwechselt zu werden. Dies geschieht z. B., insoweit die Unbrauchbarmachung von Schriften und von zu ihrer Herstellung bestimmten Platten auch da noch für eine sog. Nebenstrafe ausgegeben wird, wo es sich, wie beim objektiven Verfahren des art. 42 D. St.G.B., unabhängig von der Schuldfrage, lediglich um die Abwendung künftiger Störungen handelt.

[40]) Gerichtss. Bd. XXVIII, S. 407.

bereits gegen seinen schuldlosen Erblasser zur Existenz gelangten vermögensrechtlichen Anspruch. Seine durch das kan. R. auch in Bezug auf ausserkontraktliche Verletzungen begründete Verbindlichkeit bildet die richtige Konsequenz der Ansicht, nach welcher die Ersatzleistung als eine auf dem Vermögen des schuldhaften Verletzers lastende und deshalb auch vererbliche Vermögensprästation erscheint.[41]) Eine wirkliche Ausnahme von der Regel, dass es ohne Schuld keine Ersatzverbindlichkeit gebe, müssen aber Diejenigen als vorhanden anerkennen, die, wie ich selbst, in der unbewussten kulpa keine Art des rechtswidrigen Willens zu erblicken vermögen. Giebt es kein schuldhaftes Handeln ohne das Bewusstsein, dass man möglicher Weise verletzend wirken werde, so weicht auch das positive Recht, indem es die Ersatzverbindlichkeit schon an diese unbewusste kulpa anknüpft, materiell von unserm Principe in nicht unerheblichem Umfange ab. Da aber diese Abweichung vom Standpunkt der herrschenden Doktrin aus, welche ja hier noch von einer Schuld spricht, gar nicht vorliegt, so kann auch die positivrechtliche Ersatzpflicht des in unbewusster kulpa handelnden Lädenten nicht sowohl als Beispiel der Nichtanerkennung unsers Princips, sondern vielmehr nur als Beispiel dafür angeführt werden, dass dem vollinhaltlich anerkannten Principe Thatbestände unterstellt werden, die unter dasselbe gar nicht subsumirt werden dürfen.

Der rechtswidrige Wille Desjenigen, der eine Ursache zur Verletzung setzt, ist das einzige juristisch relevante Merkmal im Entstehungsprocess der Verletzung. Mit dem Fallenlassen dieses Moments sind wir ausschliesslich auf das objektive Moment der Kausalität angewiesen. In der unbewussten kulpa stehen wir aber, wie sich später zeigen wird, blos dieser Kausalität des Willens, nicht einem irgend wie relevanten Inhalt desselben gegenüber. Warum genügt nun aber der Umstand, dass Jemand eine Ursache zu einem Schaden gesetzt habe, noch nicht dazu, seine Ersatzpflicht zu begründen? Widerstreitet dies etwa einer höhern Idee der Gerechtigkeit, und deutet es vielleicht auf eine rohere Rechts-

---

[41]) Dass die durch die Praxis eingeführte Beschränkung der Haftpflicht des Erben bis zum Belaufe der Erbschaft angesichts des beneficium inventarii eine offensichtliche Principienwidrigkeit enthält, pflegt meistens zugegeben zu werden. Vgl. hierüber auch Wach a. a. O.

anschauung hin, wenn ein Volk nicht von der Wahrheit des Satzes durchdrungen ist, dass es ohne Schuld keine Ersatzpflicht gebe? M. E. kann man den schuldlosen Lädenten nur so lange für ersatzpflichtig halten, als man den richtigen Kausalitätsbegriff verkennt und sich demnach über die Folgen täuscht, zu denen es führt, wenn das blosse Kausalitätsmoment zum Princip der Ersatzpflicht erhoben wird. Sobald alle Ereignisse Glieder einer endlosen Kette der Kausalität sind und somit auch schwerlich im Rechtsleben ein Ereigniss nachweisbar ist, zu dem nicht eine unendliche Anzahl von Menschen schuldlos mitgewirkt hat, so giebt es kein Princip, nach welchem aus dieser Anzahl grade nur ein einziger herausgegriffen und für ersatzpflichtig erklärt werden könnte. Vielmehr hat, da, wie wir später sehen werden, jede der unzähligen Ursachen eines Erfolgs für den Eintritt desselben von gleicher objektiver Bedeutung, wie die andere, ist, der so Herausgegriffene ein Recht zu der Frage, warum grade er zum Ersatze auserlesen sei.[42]) So lange freilich in unserer Wissenschaft der Kausalitätsbegriff noch so im Argen liegt, wie dies leider thatsächlich der Fall ist, so lange ist das Princip, dass es ohne Schuld keinen Schadensersatz giebt, auch nicht vor Anfechtungen unserer Juristen gesichert. Dass dieser Satz unter Umständen das natürliche Rechtsgefühl befremdet, mag ja völlig richtig sein. Der Laie wird es immerhin, wie Thon meint[43]), für ungerecht und unbillig halten, dass der Jurist z. B. Jemanden, der, auf der Strasse von plötzlicher Ohnmacht befallen, in einen Aufbau zerbrechlicher Sachen hineinstürzt, nicht für ersatzpflichtig erklären wird. Ich glaube aber nicht, dass der sog. gesunde Menschenverstand dereinst im Rechte der Zukunft Meister über das hier zu Grunde liegende Princip werden wird. Denn wenn er sich auch kraft seines Un-

---

[42]) Der zur Restitution der ohne Rechtsgrund besessenen Sache verurtheilte b. f. p. wird, obwohl auch er schuldlos ist, schon deshalb nie so fragen können, weil es sich bei ihm gar nicht darum handelt, ihm zustehendes Interesse von seiner Rechtssphäre abzulösen; andererseits erläutert aber auch der von der Beseitigung verfolgte Zweck, warum der dem Eigenthümer gewährte Rechtsschutz seine Spitze lediglich gegen den besitzenden Nichteigenthümer richten kann.

[43]) A. a. O., S. 106.

vermögens, im Einzelnen das Allgemeine zu erkennen, das Privilegium erworben hat, aus der Betrachtung des Einzelfalles sein verdammendes Verdikt über oft tief wurzelnde Errungenschaften der Doktrin zu fällen, so wird sich doch auch dieser gesunde Menschenverstand dazu herbeilassen müssen, irgend wie sichere Anhaltspunkte aufzustellen, sobald er die zum Ersatz verpflichtende ursächliche Handlung von der nicht zum Ersatz verpflichtenden in greifbarer Weise sondern will. Dies ist aber bis jetzt noch nicht gelungen und wird auch schwerlich jemals in Zukunft gelingen.[44])

Mit dem im allgemeinen Unrechtsthatbestande möglicher Weise enthaltenen, das Unrecht mit Ersatzpflicht vom Unrecht ohne Ersatzpflicht scheidenden speciellen Moment verhält es sich aber folgendermassen: Keinesfalls darf man sagen, dass es im Gegensatz zu einem sich als Verletzung objektivirenden Unrecht etwa auch ein Unrecht ohne Verletzung gebe. Dem Unrecht, dem kein Schadensersatz folgt, fehlt vielmehr nicht, gleich dem reinen Ungehorsam, das Schadensmoment, sondern es fehlt bei ihm die Möglichkeit, den vorhandenen Schaden zu ersetzen. Von einem Schaden im Rechtssinne dürfen wir überall reden, wo dem Rechtsschutz unterstellte Interessen ihrer Substanz nach eine Verringerung erleiden. Dass sich die Ersatzverbindlichkeit, nicht aber der Schadensbegriff auf diejenigen Interessenverletzungen beschränkt, für die, weil sie unmittelbar oder mittelbar als vermögensrechtliche erscheinen, eine bestimmte Summe Geldes den äquivalenten Ausdruck herstellt, dies leitet sich aus dem durch den Schadensersatz verfolgten Zweck her. Käme es nur darauf an, die den Inhalt der Ersatzleistung bildende Substanz von der Rechtssphäre des Ersatzpflichtigen abzulösen, so würden auch alle Interessenarten den Inhalt der Ersatzleistung zu bilden im Stande sein, grade so, wie sie nahezu alle zur Bildung der Strafsubstanz verwendet werden.

---

[44]) Aus den wenigen hier und da im positiven Recht enthaltenen wirklichen Abweichungen vom Satze, dass es ohne Schuld keinen Schadensersatz giebt, erwächst wenigstens niemals ein Princip von allgemeiner Geltung Eine solche auf singulärer Rechtssatzung beruhende Ausnahme enthält z. B., wie Thon richtig anführt, das Gesetz vom 7. Juni 1871, betreffend die Verbindlichkeit zum Schadensersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken etc. herbeigeführten Tödtungen und Körperverletzungen in den §§ 1 und 2.

Insoweit die Rechtssphäre des Verletzers nur ein dem verletzten Interesse nach Quantität und Qualität gleiches Interesse darböte, würde dann auch jedem Unrecht eine Reparation folgen können. Dies ist aber anders, und die Ersatzsubstanz besteht nur aus dem denkbar allgemeinsten Werthmesser des Geldes, beziehungsweise aus einem Geldwerth repräsentirenden Objekte, weil sie sich im Gegensatz zur Strafe auf die verletzte Rechtssphäre übertragen will und deshalb auch aus einem sich dieser assimilirenden Stoff gebildet sein muss. Wo dem Unrecht kein Schadensersatz folgt, hat man daher auch nicht, wie so häufig gesagt wird, eine Verletzung vor sich, die, weil die civilrechtliche Reaktion doch nur ein ungenügender Ausdruck für das Geschehene wäre, Strafe erheischte; sondern es liegt solchenfalls, das Unrecht möge nun strafbares oder strafloses sein, stets eine Wunde vor, der gegenüber das Recht ohnmächtig ist, eine heilende Wirkung auszuüben. Stört z. B. Jemand durch eine lärmende Unterbrechung des Gottesdienstes die religiöse Andacht der versammelten Gemeinde, so ist zwar zweifellos eine Verletzung von unter Rechtsschutz stehenden Interessen und mithin ein Schaden vorhanden. Die richtig gewürdigte Unmöglichkeit, für den Untergang einer unwägbaren, fein gearteten, in ihrem Dasein durch unser Gemüthsleben mitbedingten Interessensubstanz den gleichwerthigen Ausdruck zu gewinnen, so wie die Erkenntniss, dass, was hier verloren ging, den von dem Verlust betroffenen Rechtssphären nicht wieder zugeführt zu werden vermag, schliessen aber jeden Gedanken an den Eintritt eines Schadensersatzes aus.

Kann das Civilunrecht seinen Namen nur durch die civile Natur seiner Folge erhalten, dürfen wir aber eine Form des Rechtsschutzes überall blos dann als Unrechts*folge* bezeichnen, wenn ihr Eintritt den Unrechtsthatbestand als Voraussetzung verlangt und sich ihr Zweck einem der Unrechtsmerkmale gegenüber erfüllt, so lässt sich nach den vorstehenden Erörterungen zwar ein Civilunrecht annehmen: wir dürfen darunter aber nur dasjenige Unrecht verstehen, bei dem das Verletzungsmoment mit der den Schadensersatz zulassenden angeführten Qualifikation versehen ist. Nicht richtig ist es jedoch, jedes Mal aus dem Eintritt der *civilen Rechtsschutzform der Beseitigung* auf das Dasein eines

Civilunrechts zu schliessen; denn diese letztere findet in deliktischen Thatbeständen nur ihre zufällige, nicht ihre nothwendige Voraussetzung. Und ebensowenig fällt auch der Begriff des straflosen Unrechts, weil dasselbe nicht nothwendig von der Civilfolge des Schadensersatzes begleitet zu sein braucht, mit dem des Civilunrechts zusammen.

§ 5.

Die Strafe.

Dass Unrecht und Strafe in keinem nothwendigen, vielmehr nur in einem zufälligen Zusammenhange stehen, strafbares und strafloses Unrecht demnach auch keine besonderen Unrechtsarten bilden: dies ist schon ein Blick auf das positive Recht zu lehren im Stande. Folgt doch in ihm die Strafe auf eine nicht unerhebliche Anzahl von Thatbeständen, welche die Merkmale des Unrechtsbegriffs nicht an sich tragen. So wird z. B. die Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses nur bei verhältnissmässig wenigen Verbrechen zur Vollendung erfordert. Würde man nun meinen, dies Resultat, dass es neben strafbarem Unrecht auch strafbares Nichtunrecht giebt, läge nur in der Konsequenz des hier zu Grunde gelegten Unrechtsbegriffs, verschwände jedoch völlig, sobald derselbe einen andern Inhalt erhielte; würde man also etwa einer a priori aufgestellten Hypothese über die Bedeutung der Strafe zu Liebe versuchen, den Unrechtsbegriff a posteriori aus dem positiven Strafrecht zu gewinnen und jedes Verbrechen als Unrecht erscheinen zu lassen, so wäre damit allerdings das strafbare Nichtunrecht beseitigt. Die Erfassung des Verbrechens als einer Unrechtsart stösst damit aber auf unüberwindliche Schwierigkeiten. Denn bildete die Gesammtheit aller positivrechtlich strafbaren Thatbestände wirklich das Gebiet einer besondern Unrechtsart, so müsste diese, gleich dem straflosen Unrecht, wenigstens die Merkmale des allgemeinen Unrechtsbegriffs an sich tragen. Wie man aber solchenfalls noch zu einem annehmbaren und sich nicht vollständig verflüchtigenden Gattungsbegriff des Unrechts zu gelangen vermag, weiss ich mir

wenigstens nicht vorzustellen. Hier scheint sich nur noch ein Ausweg darzubieten. In eingeschränkter Weise wäre nemlich vielleicht noch von einem Kriminalunrecht zu reden, wenn man dieser angeblichen Unrechtsart ausschliesslich diejenigen strafbaren Thatbestände zuwiese, in denen die auf rein logischem Wege gefundenen Begriffsmerkmale des Unrechts zusammentreffen. Dieses Auskunftsmittel, dem die Gliederung der strafbaren Thatbestände in Verbrechen im e. S. und Polizeivergehen ihr Entstehen verdankt, führt jedoch nur in dem Falle zum Ziele, wenn der Nachweis einer doppelten Bedeutung der Strafe gelingt. Die Vertheidiger dieses Dualismus geben nun rücksichtlich des Polizeivergehens, so uneinig sie unter sich auch über den Umfang desselben sind, allseitig zu, die Strafe verfolge hier den Zweck, unsere Interessen vor Verletzungen sicherzustellen. Niemand behauptet, dass dieselbe hier dazu berufen sei, dem ihren Eintritt bedingenden Thatbestande gegenüber eine Funktion zu erfüllen. Findet sich also ganz das gleiche Verhältniss auch beim Verbrechen im e. S. vor, so ist die Unterscheidung zwischen ihm und dem Polizeivergehn theoretisch völlig unberechtigt.

Die Anhänger der absoluten Strafrechtstheorien gehen nun entweder davon aus, dass die Strafe eine Verletzung auszugleichen bestimmt sei, oder sie finden in der Strafe den rechtlich nothwendigen Ausdruck für irgend etwas Irreparables. Die Durchführbarkeit des erstern Gedankens wird zwar durch die Ungleichheit von Strafe und Schadensersatz nicht gehindert. Vielmehr steht diese Ungleichheit lediglich der Annahme im Wege, dass die Strafe auf diejenige Verletzung reagire, welche die Ersatzverbindlichkeit zu repariren sich ausser Stande sieht. Denn strebte die Strafe unsern verletzten Interessen gegenüber wirklich einen Reparationszweck an, so würde ganz der gleiche Grund, welcher der Ersatzverbindlichkeit eine Grenze zieht, auch den Strafeintritt beschränken müssen. Dass der Verletzer in anderer Münzsorte, nemlich mit Leben, Freiheit und Ehre zahlt, macht es weder leichter, für das untergegangene Interesse in der Strafe einen entsprechenden Ausdruck zu finden, noch auch fördert dies irgendwie den Ausgleichungszweck. Zugleich würde aber die Geldstrafe den besten Beweis dafür liefern, dass dem Schadensersatz viel zu früh seine Grenzen gesteckt wären. Man müsste denn etwa die Meinung

hegen, nicht dass der Verletzer eine Mehrzahlung leiste, sondern nur dass der Verletzte sie einstreiche, sei der Gerechtigkeit widersprechend, und dieserhalb trete der Staat, dem gefahrlos ein etwaiges indebitum gezahlt werden könne, in der Geldstrafe als Empfänger für den Verletzten ein.

Sind Strafe und Schadensersatz somit gewiss nicht dazu bestimmt, die gleichartige Verletzung zu repariren, so vermöchte die Strafe nur noch dann einem Ausgleichungszweck zu dienen, wenn vom strafbaren Unrecht gesagt werden dürfte, es schlösse noch irgend welche andere Verletzung, als die unserer Interessen, in sich. Man müsste also etwa mit der Welkerschen Wiederherstellungstheorie und anderen ihr verwandten von einem doppelten Schaden ausgehen, einem materiellen, gegen den die civile Ersatzverdindlichkeit, und einem intellektuellen, gegen den die Strafe reagirt. Damit bliebe immer noch die Ungleichheit beider Funktionen aufrecht erhalten, sobald man jede Interessenverletzung, einerlei, ob und inwieweit sie von einer Ersatzverbindlichkeit begleitet ist, als materiellen Schaden betrachtete, auf das Dasein eines von diesem unabhängigen intellektuellen Schadens aber nur angesichts jedes Verbrechens schlösse. Alle diesen Gedanken verfolgenden Theorien scheitern aber daran, dass die Existenz eines solchen intellektuellen, moralischen oder ideellen Schadens gar nicht nachgewiesen werden kann. Theils ist er nemlich ein Erzeugniss blosser Spekulation, geschaffen durch den Wunsch, für eine reine Hypothese einen Anknüpfungspunkt zu finden. Ich erinnere hier nur an die Ansicht Derer, die im Unrecht eine Verletzung des objektiven Rechts erblicken. Theils offenbart sich solcher vermeintlich intellektuelle Schaden nur als materielle Verletzung bestimmter Interessen, die als solche verkannt werden, überdies aber durchaus auch nicht angesichts jedes strafbaren Unrechts getroffen erscheinen. Dies gilt vorzüglich von dem häufig vertretenen Gedanken, die Strafe reagire gegen eine im Verbrechen liegende Ehrverletzung des Beschädigten. Oder es wird endlich auf ein Moment Bezug genommen, welches völlig ausserhalb des Unrechtsthatbestandes liegt: so dass, selbst wenn die Strafe gegen dasselbe reagiren würde, ihr Zusammenhang mit dem Unrecht dadurch doch nicht hergestellt wäre. Hierbei kann man an Diejenigen denken, welche mittels der

Strafe die schädliche Wirkung paralysiren wollen, die der Verbrecher durch sein gegebenes böses Beispiel erzeuge. Aber gesetzt, die Betrachtung des strafbaren Unrechts wiese selbst auf die Existenz eines solchen Schadens hin, so wäre damit immer noch nicht erklärt, wie denn die Strafe überall eine therapeutische Wirkung auszuüben vermag. Hierfür giebt es nur eine Erläuterung, und nur unter einem einzigen Gesichtspunkte kann man der Strafe überhaupt eine heilende Kraft zuschreiben: die Strafe müsste Rache sein. Etwas Anderes wäre sie allerdings nicht, sobald mit ihrer dem Verletzer Leid zufügenden Vollziehung der Zweck verfolgt würde, den Verletzten die ihm geschlagene Wunde minder hart empfinden zu lassen. Wer hier als der Verletzte ausgegeben wird, ist gleichgültig: die Strafe bliebe immer nur die in rechtliche Formen gekleidete wohlorganisirte Rache, man möge nun einen einzelnen verletzten Menschen oder die durch das Verbrechen verletzte bürgerliche Gesellschaft, das verletzte Recht oder gar einen auf keine andere Weise zu begütigenden Rachegott als das die Bestrafung des Schuldigen heischende Subjekt hinstellen. Dieser Gedanke ist jedoch angesichts unsers heutigen Rechts undurchführbar. Denn gewährt auch die den Verletzer treffende Strafe dem Verletzten oder mitempfindenden Dritten vielleicht im Einzelfalle thatsächlich eine Befriedigung, so erscheint dies doch immer nur als eine zufällige Wirkung. Dass sich aber mit Rücksicht hierauf der Lauf der das strafbare vom straflosen Unrecht scheidenden Linie bestimme, dafür fehlt es an jedem Anhaltspunkte.

Alle diese Klippen werden zwar vermieden, wenn man die Heilkraft der Strafe Preis giebt und in ihr den Ausdruck für ein Irreparables findet. Sobald dann aber noch der Zusammenhang zwischen Strafe und Unrecht aufrecht erhalten werden soll, tauchen von anderer Seite her unüberwindliche Schwierigkeiten auf. Um die am Verbrecher vollzogene Strafe nun überhaupt noch unter einem rechtlichen Gesichtspunkte erfassen zu können, wird man dazu gedrängt, sie als Postulat einer Gerechtigkeit auszugeben, für die kein anderer Zweig der Rechtswissenschaft eine Analogie gewährt. Grade an diesem Punkte pflegt das Band zwischen Recht und Moral geknüpft zu werden, welches für jede dieser beiden Kategorien gleich wenig förderlich erscheint. Wird von der

Strafe gesagt, sie solle der ethischen Forderung, dass Dem, der Böses gestiftet, auch ein Uebel widerfahre, einen Ausdruck verleihen, so muss ich gestehen, hierin nichts weniger als einen sittlichen Gedanken erblicken zu können. Die Ethik hat vielmehr allen Anlass, sich gegen dies lediglich eudämonistischer Auffassung entspringende Princip der Vergeltung auf das Nachdrücklichste zu verwahren. Hindert uns also grade ein geläutertes Sittlichkeitsideal, an dieser Stelle eine Verbindung des Rechtes mit der Moral anzuerkennen, so kann sich nur noch fragen, ob sich die Idee der Vergeltung als allgemeines Princip in der Kategorie des Rechtes zu bewähren vermöge. M. E. treffen nun aber alle Einwände, die sich gegen eine auf Vergeltung basirte Gerechtigkeit kehren, nur Luftgebilde blosser Spekulation. Denn auf dem Boden des thatsächlich die Lebensverhältnisse regelnden Rechtes erliegt eine solche Gerechtigkeit vor der Wahrnehmung, dass hier die Schuld überaus häufig keine Strafe nach sich zieht und uns grade die grosse Zahl der Fälle, in denen der Vergeltungsgedanke somit nicht zum Ausdruck gelangt, die Befugniss giebt, ihm jede grundlegende Bedeutung abzusprechen.

Indem wir den Gedanken fallen lassen, die Strafe sei eine Unrechtsfolge, haben wir, anstatt im Verbrechen eine Unrechtsart zu erblicken, Verbrechen und Unrecht als zwei begrifflich verschiedene Einheiten von einander zu sondern. Entgegen der Meinung Bindings[45]), dass sich reiner strafbarer mit verletzendem strafbaren Ungehorsam zusammenschlösse zum Begriff des strafbaren Unrechts im Gegensatz zum straflosen, muss dann angenommen werden, strafbares Unrecht und strafbares Nichtunrecht stellten die Einheit des Verbrechens gegenüber der Einheit des, gleichviel ob strafbaren oder straflosen, Unrechts dar. Im strafbaren Unrecht schneiden sich beide Sphären; dasselbe kann daher auch von einem doppelten Gesichtspunkt aus betrachtet werden. Unterfallen also strafbares Unrecht und strafbares Nichtunrecht, die, am Massstabe des Unrechts gemessen, heterogene Grössen darstellen, insofern einem und demselben strafrechtlichen Princip, als sie beide für gleich strafwürdig erachtet werden, so beweist

[45]) Normen I, S. 205.

dies wiederum die Hinfälligkeit des Gegensatzes von Verbrechen und Polizeivergehen. Unterscheiden sich aber auch strafbares und strafloses Unrecht mit Rücksicht auf ihre Strafwürdigkeit von einander, so folgt die Existenz einer von der Unrechtstheorie zu erfassenden Qualifikation hieraus doch um so weniger, als der Strafe gar nicht die Aufgabe zufällt, dem sie bedingenden Thatbestande gegenüber eine Wirkung auszuüben. Da es mithin ein blos zufälliges Moment darstellt, wenn dieser Thatbestand die Unrechtsmerkmale in sich schliesst, so muss auch die im § 3 aufgeworfene Frage, ob das strafbare Unrecht eine besondere als Kriminalunrecht zu bezeichnende Unrechtsart bilde, verneint werden. Obgleich aber die Strafe als keine Unrechtsfolge erscheint, bildet es doch keinen Widerspruch, wenn man sie unter Zugrundelegung der Formaldefinition, nach welcher jeder positivrechtlich strafbare Thatbestand ein Verbrechen heisst, als Verbrechensfolge bezeichnet. Eines Widerspruchs können vielmehr nur Diejenigen geziehen werden, welche die Strafe, obwohl sie mit Recht von ihr annehmen, sie könne auch ohne vorausgegangenes Unrecht eintreten, eine Folge des Verbrechens nennen, dabei aber nicht scharf hervorheben, dass Verbrechen und Unrecht trotz ihres Zusammentreffens im strafbaren Unrecht völlig getrennte Begriffssphären darstellen. Nicht dass sie den Strafzweck ausserhalb des Unrechts verlegen, bildet den wunden Punkt der gangbaren relativen Strafrechtstheorien; wohl aber stellt es eine offensichtliche Inkonsequenz dar, wenn ihre Vertreter trotz ihrer Ansicht über die Strafe das Verbrechen als eine Unrechtsart zu betrachten fortfahren. Dies ist es, was zu einer nachdrücklichen Opposition gegen sie herausfordert und m. E. nicht wenig dazu beiträgt, den absoluten Strafrechtstheorien ihr in der Wissenschaft zur Zeit noch unbestrittenes Uebergewicht über die relativen zu erhalten. Denn fasst man das Unrecht als Voraussetzung einer Strafe auf, deren Ziele weit über den wirklichen Unrechtsthatbestand hinaus liegen, so sprengt man den Unrechtsbegriff völlig auseinander und degradirt ihn zu einem blossen Zweckbegriffe: ein Resultat, gegen welches die Theorie unter allen Umständen Front machen muss.

Die relativen Theorien gehen richtig davon aus, dass die Strafe nur als eine Form des Rechtsschutzes einen rechtlichen

Zweck zu erfüllen vermag, und sehen zugleich ein, dass der sie bedingende Verbrechensthatbestand keinerlei Stoff darbietet, damit sie sich ihm gegenüber in solcher Eigenschaft bewähre. Indem der in der Beseitigung einer Verletzung liegende Rechtsschutz unsere Interessen vor dem schädigenden Weiterwirken gewisser Ereignisse bewahrt, die Ersatzverbindlichkeit unserer Rechtssphäre dagegen neue Interessensubstanz an Stelle der vernichteten zuzuführen strebt, erschöpft sich mit diesen beiden Formen jeder Schutz, den das Recht dem Inhaber einer verletzten Rechtssphäre der Verletzung gegenüber denkbarer Weise zu gewähren im Stande ist. Da aber die Strafe, sobald sie eine Form des Rechtsschutzes ist, ganz dasselbe Objekt schützt, welches dem civilen Rechtsschutze unterstellt ist, so erübrigt für sie kein anderer Zweck, als der, die Integrität der vorhandenen Interessen zu erhalten und dieselben vor Verletzungen zu bewahren. Deshalb bildet auch das Vorhandensein einer Verletzung und dass ein Unrecht vorliegt, nicht die nothwendige Voraussetzung der Strafe. Wo dieselbe auf Unrecht folgt, kann sie vielmehr nur der Gesammtheit aller Rechtssphären mit Ausnahme der einen bereits verletzten den Rechtsschutz gewähren wollen. Hierin besteht der Grund, weshalb der Verletzte über den Eintritt des lediglich seine Rechtssphäre ins Auge fassenden civilen Rechtsschutzes, nicht aber über den Eintritt der Strafe zu disponiren hat. Indem der Staat diese letztere einfordert, verleiht er allen innerhalb der Rechtsordnung anzutreffenden Interessen einen Rechtsschutz.[46])

Nimmt sich die Doktrin vielleicht trotz der Thatsache, dass sie heutzutage noch die Ueberwindung der relativen Strafrechtstheorien als einen Fortschritt preist, dieser von der Wissenschaft vielfach geringschätzig behandelten Lehrmeinung in nicht allzu ferner Zeit wieder an, so wird dann vor Allem eingesehen werden, dass allein die relativen Theorien, weil sie die Erfassung der Strafe als Form des Rechtsschutzes zulassen, in ihr einen anerkanntem Principe unterliegenden Specialfall erblicken dürfen. Nur sie verzichten darauf, durch Einführung eines neuen Princips dem

---

[46]) Wie sich gleich zeigen wird, steht auch das Antragsverbrechen mit dieser Ansicht nicht in Widerspruch.

Strafrecht eine von allen andern Rechtsdisciplinen gesonderte Stellung anzuweisen. Trotz der vielen unter den einzelnen relativen Strafrechtstheorien obwaltenden Differenzen kann doch für sie Alle, da sie insgesammt einen über den Verbrechensthatbestand hinausliegenden Zweck ins Auge fassen, die Materialdefinition des Verbrechens nicht anders lauten, als dass es derjenige Thatbestand sei, dessen Straflosigkeit nach Ansicht des Gesetzgebers die Integrität der auf der Rechtsordnung vorhandenen Interessen in höherem Masse gefährdet, als seine Strafbarkeit den Interessen des Bestraften Eintrag thut.[47] In dieser Erklärung des Verbrechensthatbestandes als eines gefährlichen liegt, wie sich später zeigen wird, zugleich der vorzüglichste Grund, weshalb jeder Versuch, zu einer weniger allgemeinen Formel zu gelangen, nur auf Kosten des richtigen Strafzwecks unternommen werden kann. — Der häufig erhobene Einwand, dass, falls die Strafe wirklich einen Sicherungszweck verfolge, dann auch die Begehung des Verbrechens nicht abgewartet zu werden brauchte, geht eben von der petitio principii aus, das Verbrechen sei eine Unrechtsart. Er trifft also höchstens nur Diejenigen, welche, obwohl sie einer relativen Strafrechtstheorie anhängen, dennoch die Verletzung zum Begriffsmerkmal des Verbrechens erheben. Da aber verhältnissmässig nur wenige Verbrechen eine Verletzung voraussetzen, so steht auch die Thatsache, dass es, ehe das Verbrechen eingetreten, keine Strafe giebt, durchaus nicht im Widerspruch zur Grundidee der relativen Theorien, sondern unterstützt dieselbe vielmehr. Verdankt zugleich eine noch unbestimmte Anzahl von Rechtssphären lediglich dem Strafvollzuge die Fortdauer ihrer Integrität, so kommt die Strafe selbst da, wo eine Verletzung zum Verbrechen gehört, noch nicht zu spät und verfehlt nicht ihren Zweck. Dabei muss man allerdings voraussetzen, die Strafe strebe ihre Ziele nicht ausschliesslich auf einem einzigen Wege an. Wenn z. B. die Anhänger der psychologischen Zwangstheorie oder der Warnungstheorie lediglich von der gesetzlichen Statuirung der Strafe, und wenn die Anhänger der Abschreckungs- oder der Besserungstheorie lediglich von ihrer Voll-

---

[47]) Aehnlich auch Ihering: Der Zweck im Recht, Bd. I, S. 481. Der letzte Zusatz in der obigen Definition wird sich sofort rechtfertigen.

ziehung erspriessliche Wirkungen erwarten, so differiren sie alle bei Uebereinstimmung hinsichtlich des Zweckes nur in der Wahl der Mittel. Hierin aber eine Ausschliesslichkeit walten zu lassen, dafür liegt dem eminent politischen Charakter der Strafe gegenüber kein Grund vor. Für den ihr zugeschriebenen Sicherungszweck wäre die Strafe nur dann nicht das taugliche Mittel, sobald sich behaupten liesse, die Summe der thatsächlich unverletzt bleibenden Interessen wäre auch ohne sie die gleiche geblieben. Ist nun auch keine Statistik darüber möglich, in wie vielen Fällen wir die Erhaltung unserer Interessen dem Umstande zu danken haben, dass es eine Strafrechtspflege giebt, und prägen sich auch die schützenden Wirkungen der Strafe in ihren Umrissen nicht gleich scharf, wie die Wirkungen der Formen des civilen Rechtsschutzes aus, so ist darum doch, mit diesem verglichen, der Strafschutz ein nicht minder energischer. Wer im Sicherungszweck etwa eine nur zufällige, mit in den Kauf zu nehmende Bedeutung der Strafe erblickt, verschliesst sich einer Thatsache, die offen vorliegt. Heutzutage, wo unser Strafrecht mehr als je um neue Verbrechen bereichert wird und der Gesetzgeber zugleich häufiger als je genöthigt zu sein glaubt, sich über die fortdauernde Angemessenheit früher für ausreichend erachteter Strafsätze schlüssig zu machen, heute sprechen sich die gesetzgebenden Faktoren noch ebenso offen wie in früheren Zeiten, darüber aus, dass sie in der Strafe nur eine Schutzwehr gegen Angriffe auf das Rechtsschutzobjekt zu erblicken vermögen. Die Hervorhebung dieser trivialen Wahrheit ist leider nicht überflüssig, wenn man sieht, wie die Doktrin nichts destoweniger in ihrer kühl ablehnenden Haltung gegen die relativen Straftheorien verharrt. Dass es trotz der Strafe immer noch Verbrechen giebt, berechtigt sie wahrlich nicht hierzu, sondern widerlegt nur die übertriebene Annahme, als ob der Strafgesetzgeber ein völliges Aussterben des Verbrechens herbeizuführen vermeinte. Nutzlos ist die Strafe darum ebensowenig, wie man die Kunst des Arztes so nennen darf, weil es ihr nicht gelingt, den Tod zu bannen.

Aber so wird der Verbrecher, hört man sagen, nicht des Verbrechens halber bestraft, sondern dieses bietet nur den Anlass, ihn als ein taugliches Objekt zu befinden, mit dem des Strafzweckes

halber experimentirt werden darf. Spricht es denn nicht, so fragt man weiter, allem Rechte Hohn, dass der Verbrecher in der Strafe nicht empfangen soll, was ihm gebührt, sondern dass sich das Schwert der Gerechtigkeit gegen ihn nur zücke, damit Andere von Anderen kein Uebel erfahren? Die Gründe für das Nein, mit dem ich hierauf zu antworten keinen Anstand nehme, schöpfe ich daraus, dass Diejenigen, welche mit solcher Frage eine unwiderlegliche Anklage gegen die relativen Strafrechtstheorien zu erheben vermeinen, die Konsequenzen ihrer Bejahung am Wenigsten tragen möchten. Die Strafe verletzt den Verbrecher in seinen Interessen. Diese Verletzung ist aber, weil sie dem positiven Rechte gemäss und von ihm gewollt ist, jedenfalls eine rechtmässige. Die Widerlegung des Sicherungszweckes muss daher zur Voraussetzung den allgemeinen Satz haben, es könne dem Rechte überall nicht gemäss sein, dass Jemand verletzt werde, blos damit Anderen hieraus etwas Erspriessliches erwachse. Mit solchen Zweifeln legt man aber die Axt an den Bestand allen Rechtes und fordert von ihm eine Legitimation dafür, woher es denn das Recht nehme, Recht zu sein. Denn überall, wohin die Macht des Rechtes dringt, vollzieht sich nichts Anderes, als dass die Beschränkung und Verletzung von Rechtssubjekten in ihren Interessen lediglich und ausschliesslich aus dem Grunde, weil dies eine wesentliche Voraussetzung der Erhaltung und Förderung der Interessen Anderer bildet, für rechtmässig erklärt wird. Ueberall, wo Interessen derartig mit einander kollidiren, dass ihre Koexistenz zur Unmöglichkeit wird, da findet sich auch, dass das Recht für eine bestimmte Seite Partei ergreift und damit den vorhandenen Zwiespalt schlichtet. Würdigt es den Verbrecher zum blossen Mittel herab, dass seine Bestrafung den Zwecken Dritter dient, so ist es völlig unbegreiflich, weshalb man mit demselben Argumente nicht auch die Rechtmässigkeit der dem schuldhaften Lädenten auferlegten Schadensersatzverbindlichkeit zu bekämpfen versucht; denn trotz aller ihrer sonstigen Verschiedenheit gleicht doch diese der Strafe völlig darin, dass auch in ihr Jemand kraft Rechtswillens für fremde Zwecke eine Beeinträchtigung erfährt. Würde man aber etwa wähnen, für die Zwecke Anderer in seinen vermögensrechtlichen Interessen eine Einbusse zu erleiden, sei allenfalls mit der Gerechtigkeit vereinbar, daraus folge noch

lange nicht die Rechtmässigkeit der ganz andere und wichtigere Interessen ergreifenden Strafe, so will ich nur fragen, ob es den Wehrpflichtigen zum Mittel für fremde Zwecke herabwürdigt, dass ihm das Recht die Pflicht auferlegt, sein Leben für die Interessen seiner Mitbürger zu lassen; fragen will ich, ob es der Gerechtigkeit widerstreitet, dass der Seemann in Seenoth rechtlich verpflichtet ist, sein Leben zur Rettung der an Bord befindlichen Passagiere preiszugeben. Oder hat weiter Jemand schon daran Anstoss genommen, dass der Staat unter Umständen Leben und Gesundheit seiner Beamten nur deshalb fordert, damit sich nützliche Zwecke für Andere vollziehen können? Ich meine, so lange es unbeanstandet eine Forderung des Rechts bildet, dass die Betreffenden solche Verletzungen über sich ergehen lassen sollen, und so lange es als pflichtwidrig gilt, wenn sie sich diesen Verletzungen zu entziehen suchen, so lange sollten auch die Einwände gegen die Rechtmässigkeit des hier der Strafe zugeschriebenen Zweckes verstummen.[48]) Lassen sich doch auch, wenn Recht und Moral Berührungspunkte mit einander haben, dieselben gerade nur hier in der Unterordnung der individuellen Zwecke des Einzelnen unter die der Gesammtheit auffinden.

Bedingt wird die Rechtmässigkeit der Strafe freilich dadurch, dass die den Verbrecher treffende Verletzung ein geringeres Uebel ist im Vergleich zu demjenigen, welches mit der Straflosigkeit des betreffenden Verbrechensthatbestandes verbunden sein würde. Demzufolge gelangt in der Strafe eine Ueberzeugung zum Ausdruck, die sich der Gesetzgeber nur verschaffen kann nach sorgfältigster Abwägung des zu erhoffenden Gewinns gegen alle die Nachtheile, die er strafend heraufbeschwört. Der Gedanke, dass die Strafe der Wiederkehr gewisser die Rechtsordnung beständig heimsuchender Verletzungen in bestimmtem Masse Einhalt zu gebieten vermag, rechtfertigt allein ihre Verhängung noch nicht. Würde nichts Anderes in's Auge gefasst werden, so könnte die Strafe ihren Zweck nur allzu leicht verfehlen. Ganz gewiss würde sich z. B. die Zahl

[48]) Ich brauche wohl kaum hervorzuheben, dass die im Text angeführten Beispiele nur insoweit als Parallelfälle der Strafe erwähnt sind, als sie den Nachweis liefern, dass der Gedanke, ein Rechtssubjekt müsse den Zwecken eines andern dienen, durchaus nicht blos in der Strafe zur Erscheinung gelangt.

der Fälle, in denen Lieferungskontrakte zwischen Privaten schuldhaft gebrochen werden, erheblich verringern, sobald solcher Kontraktbruch zum Verbrechen gestempelt würde. Niemand zweifelt aber angesichts unserer heutigen Verkehrsverhältnisse daran, dass eine den kontraktbrüchigen Kontrahenten treffende Strafe schwerere Wunden schlüge, als sie abzuwenden in Aussicht nähme. Wie vielseitig übrigens die Rücksichten sind, welche den Lauf der das Verbrechen vom Nichtverbrechen scheidenden Linie bestimmen, dafür liefern die Antragsverbrechen ein lehrreiches Beispiel. Hier giebt nicht etwa erst der Antrag des Verletzten den Ausschlag zu Ungunsten des zu Bestrafenden, so dass ohne ihn die That gar nicht strafwürdig erschiene. Nein, der Strafeintritt fordert hier den Antrag lediglich mit Rücksicht auf den Verletzten, dessen Interessen durch die unabhängig von seinem Willen Statt findende Strafverfolgung in noch schwererem Masse geschädigt werden könnten. Indem also ein Nachtheil ins Auge gefasst wird, den hier die Strafe für den Verletzten in sich birgt, entscheidet sich der Strafgesetzgeber bei den Antragsverbrechen angesichts einer Kollision zwischen den Interessen des Verletzten und den Interessen Derer, die als noch Unverletzte des Strafschutzes bedürfen, zu Gunsten des Erstern. Welchem Wechsel allerdings die Ansicht des Gesetzgebers unterworfen sein kann, zeigt sich u. A. am Verbrechen der Nothzucht. Während bisher der Genothzüchtigten die Rücksicht geschenkt wurde, die Strafverfolgung von ihrem Antrage abhängig zu machen, hat der Gesetzgeber im Gesetz vom 26. Februar 1876 ihre Interessen den durch die Strafe zu schützenden untergeordnet.

Wie Staat und Recht überhaupt der Triebfeder des berechtigten Egoismus ihr Dasein verdanken, so fordert auch der Selbsterhaltungstrieb die Bestrafung des Verbrechers. Deshalb braucht durchaus nicht verkannt zu werden, dass der Abneigung gegen die relativen Strafrechtstheorien ein durchaus idealer Zug des menschlichen Herzens zu Grunde liegt. Mag aber die Anerkennung, dass in der Strafe für unser Wohl ein Leid über Andere verhängt wird, von Seiten jedes Edelgesinnten auch nur widerwillig geleistet werden, so ist sie darum doch nicht vorzuenthalten. Denn die Rechtswissenschaft stellt kein Gebiet dar, auf welchem wir unsere Herzensbedürfnisse in die Dinge hineintragen können. Hieran ist den

Gründen gegenüber, mit denen die relativen Strafrechtstheorien bekämpft zu werden pflegen, immer wieder zu erinnern. Aeussern sich doch gewisse Rechtsphilosophen, unbekümmert um die Wirklichkeit, über Wesen und Bedeutung der Strafe grade so, als käme es nur darauf an, aus einer Musterkarte von Ansichten beliebig eine Auswahl zu treffen. Und werden doch von ihnen die Vertreter des Sicherungszweckes für die Resultate ihrer Untersuchungen in einer Weise verantwortlich gemacht, als ob persönlicher Geschmack und Neigung zu denselben hingeleitet hätten!

Nach der hier vertretenen Auffassung vom Verbrechensbegriff scheint aber die durch den Titel dieses Buches in Aussicht gestellte. Ableitung der allgemeinen Lehren des Strafrechts aus dem Unrecht schlechtweg unmöglich zu werden. Denn stellt das Verbrechen keine Unrechtsart dar, so kann ja wohl auch, was sich aus dem Unrechtsbegriff deduciren lässt, für die Lehre vom Verbrechen keine Geltung haben. Dass dies gleichwohl der Fall ist, erläutert sich durch folgende Thatsache: Obwohl nemlich auch die einzelnen Verbrechensfiguren ihren speciellen Inhalt in entscheidender Weise durch den Strafzweck empfangen, so sind sie dennoch derartig konstruirt, dass in ihnen zugleich eine Reihe von Grundbegriffen, die alle in dem höhern Begriffe des Unrechts ihren gemeinsamen Mittelpunkt finden, in beständig wiederkehrender Weise verwendet erscheint. Wollte man hieraus den Beweis schöpfen, dass das Verbrechen eine Unrechtsart sei, so wäre dies unrichtig; denn immer schliessen nur wenige, durchaus jedoch nicht alle Verbrechensthatbestände sämmtliche Unrechtsmerkmale in sich. Indem aber, wie ich zu zeigen hoffe, alle die Grundbegriffe, welche ich hier im Auge habe, in den aufgestellten Unrechtsbegriff münden, erhält dieser damit zugleich im Wege der Induktion seine wissenschaftliche Beglaubigung. Die Unentbehrlichkeit dieses Begriffs für das Strafrecht, dem er durchaus nicht ausschliesslich angehört, ergiebt sich schon daraus, dass man lediglich ihn meint, wo man fälschlich einen gar nicht existirenden allgemeinen Verbrechensthatbestand zu statuiren bemüht ist. Wer die offensichtliche Verwechslung erkennt, die hierbei Platz greift, wird nemlich zugeben müssen, dass sich dieser vermeintliche allgemeine Verbrechensthatbestand

nur in den sämmtliche Unrechtsmerkmale enthaltenden Verbrechen vorfindet. Würde man aber selbst einen allgemeinen Verbrechensthatbestand lediglich aus der Betrachtung des unter Strafe gestellten Unrechts zu gewinnen versuchen, so entginge man damit nicht der Gefahr, dem Strafzweck einen verfälschenden Einfluss auf den Inhalt blos aus dem Unrechtsbegriff herzuleitender Grundbegriffe einzuräumen. Welchen Irrthümern ist man beispielsweise nicht in der Schuldlehre ausgesetzt, wenn man den vom Strafzweck völlig unabhängigen Schuldbegriff aus dem positivrechtlichen Verbrechen zu bestimmen unternimmt. Lehrt uns doch dieses nicht, was Schuld ist, sondern nur, wann und in welchem Umfange ihm die Schuld als Voraussetzung der Strafe dient. So liegt es z. B., ohne dass dies irgend wie als nothwendige Folge aller relativen Theorien erschiene, speciell in der Konsequenz der Feuerbachschen Androhungstheorie, dass, wer gestraft werden soll, das Strafgesetz, nach welchem er gestraft wird, gekannt haben muss. Feuerbach und seine Anhänger durften ohne diese Kenntniss kein Verbrechen annehmen. Der unbestreitbar falsche Satz, das Bewusstsein von der Strafbarkeit der That bilde einen Bestandtheil des dolus, konnte hiernach bei ihnen aber erst in Folge des Umstandes festen Fuss fassen, dass sie den Schuldbegriff anstatt aus dem Unrecht aus dem durch den Strafzweck beeinflussten Verbrechen ableiteten. Ganz ebenso würde weder der Umfang des Nothstandsbegriffes, noch auch, ob der im Nothstand Verletzende ein Unrecht begehe, jemals bestritten gewesen sein, wenn man hierüber nicht vom Standpunkte des Verbrechens aus eine Entscheidung zu gewinnen versucht hätte (vgl. § 9). Und um noch ein Beispiel anzuführen, so würde die Lehre von der Unveräusserlichkeit gewisser Rechte niemals ihre gegenwärtige Gestalt haben annehmen können, wenn nicht das Verbrechen für eine Unrechtsart gehalten worden wäre. (Vgl. § 10.)

Abschnitt II.

Die Verletzung des Rechtsschutzobjekts.

Abschnitt II.

Die Voraussetzung des Rechtsschutzobjekts.

§ 6.

Das Interesse als Rechtsschutzobjekt.

Dass lediglich unsere Interessen, die wir in ihrer Totalität als unser individuelles Wohl bezeichnen, das Rechtsschutzobjekt bilden, und dass im Unrecht nichts Anderes, als eben nur unser Wohl verletzt wird, dies anzuerkennen hindert nichts so sehr, wie die Lehre, welche im Verbrechen eine Unrechtsart erblickt. Denn wer dieser Lehre anhängt und die Strafe für eine Folge des Unrechts ausgiebt, übernimmt die Verpflichtung, in jedem Verbrechen eine Verletzung des Rechtsschutzobjekts nachzuweisen. Da nun aber solcher Nachweis in Wirklichkeit nur sehr wenigen Verbrechen gegenüber geführt werden kann, lässt man sich, anstatt hieraus auf die richtige Bedeutung der Strafe zu schliessen, leider umgekehrt, um in der Kontinuität des einmal aufgestellten Dogmas verharren zu können, zu einer durchaus principwidrigen Auffassung vom Rechtsschutzobjekt und seiner Verletzung verleiten.

Wenn Feuerbach[49]) das Verbrechen definirt als eine unter einem Strafgesetz enthaltene Beleidigung oder eine durch ein Strafgesetz bedrohte dem Rechte eines Andern widersprechende Handlung, so stellt dies einen Versuch dar, dem Verbrechensgebiete nur wirkliche Unrechtsthatbestände zuzuweisen. An dieser Definition ist wahrlich nicht falsch, dass Feuerbach die Rechtssphäre des einzelnen Individuums für das ausschliessliche Angriffsobjekt erklärt; fehlerhaft erscheint vielmehr, dass er, was bezüglich des Unrechts ganz richtig ist, unzulässiger Weise auf das Verbrechen überträgt. Konnten sich die Gegner Feuerbachs daher auch mit

---

49) Lehrbuch, 13. Ausgabe, § 21.

Recht darauf berufen, dass der aufgestellte Verbrechensbegriff durch den Inhalt jedes positiven Strafrechts widerlegt werde, so verfielen sie doch grade in den entgegengesetzten Fehler. Während Feuerbach den Verbrechensbegriff dadurch schädigte, dass er ihn viel zu eng fasste, legten sie der Verletzung eine zu weite Bedeutung unter und dehnten damit den Unrechtsbegriff über die ihm zukommenden Grenzen aus. Denn so gewiss es Verbrechen ohne Verletzung eines Rechtssubjekts giebt, so wenig ist ein Unrecht ohne solche Verletzung denkbar.

Gegen Feuerbach spricht freilich noch der Umstand, dass er fälschlich anstatt des Interesses das subjektive Recht für den dem Rechtsschutz unterstellten Gegenstand hält. Dies ist für keine der Bedeutungen, die man mit dem Begriffe des subjektiven Rechtes verbinden kann, zutreffend. Denn weil nach der richtigeren Ansicht unter dem subjektiven Rechte nur der vom objektiven Rechte unserem Interesse verliehene Schutz, nicht aber zugleich dies letztere selbst oder der Genuss irgend eines rechtlich geschützten Gutes verstanden werden darf, erscheint auch das subjektive Recht gar nicht als verletzbar. Will man aber unter einem subjektiven Rechte ein vom objektiven Rechte geschütztes Verhältniss des Rechtssubjekts zu einem Stück der Aussenwelt begreifen, — in welchem Falle richtiger von einem Rechtsverhältniss gesprochen wird[50]) — und das subjektive Recht in diesem Sinne als Angriffsobjekt betrachten, so begeht man damit zwar nicht, wie Binding meint, den Fehler, etwas Unverletzbares für verletzbar auszugeben, sondern hält fälschlich ein höchstens zufällig im Unrecht zu Tage tretendes Moment für ein wesentliches. Verletzt werden kann das subjektive Recht in diesem Sinne. Denn mit der Vernichtung meiner Sache erlischt z. B. auch das Eigenthumsrechtsverhältniss. Nothwendig zum Unrecht ist aber die Verletzung eines Rechtsverhältnisses um deswillen nicht, weil dies letztere nur eins der Medien bildet, durch deren Hilfe uns das Rechtsschutzobjekt vermittelt wird. Das Rechtsverhältniss ist ein blosses Werkzeug für die Herstellung der Interessensubstanz. Der ihm gewährleistete Schutz beruht denn auch darauf, dass durch jede seinem Inhalte nicht angemessene

---

[50]) Vgl. Neuner a. a. O. S. 4 ff.

Gestaltung der Wirklichkeit unsere Interessen zugleich eine Verletzung erfahren. Da uns jedoch nur ein Theil unserer Interessen durch Rechtsverhältnisse vermittelt wird und seiner Substanz nach durch deren Aufrechthaltung bedingt erscheint, die Rechtsverhältnisse folglich auch nicht den nothwendigen Durchgangspunkt für jede unsere Rechtssphäre treffende Verletzung bilden, so kann schon aus diesem Grunde der Widerspruch gegen das Rechtsverhältniss nicht zur principiellen Erfassung des verletzten Rechtsschutzobjekts führen. Würde man das Rechtsverhältniss als Angriffsobjekt zu Grunde legen, so könnte von keinem Unrecht die Rede sein, wo Jemand in seiner Freiheit, seiner Ehre, seiner Körperintegrität oder überhaupt in irgend einer Seite seines Wohls getroffen wäre, die verletzt zu werden vermag, ohne dass gleichzeitig dem Inhalte eines Rechtsverhältnisses widersprochen wird. Zur Vermeidung eines hier ganz unnöthigen Dualismus muss man daher auch, falls Jemand die uns gehörige Sache vernichtet, die Verletzung des Rechtsschutzobjekts nicht in dem Sachuntergange, sondern lediglich in der Wunde erblicken, die hierdurch unserm vermögensrechtlichen Interesse geschlagen wird. Nur bei solcher Auffassung ergiebt sich in diesem Falle ein Rechtsschutzobjekt, welches hinsichtlich seiner Beschaffenheit und seiner Angreifbarkeit auf gleicher Stufe steht mit unsern durch kein Rechtsverhältniss vermittelten rechtlich geschützten Interessen.[51]) Würden sich Dasein und Grösse des gegen das Rechtsschutzobjekt gerichteten Angriffs nach dem Schicksal bestimmen, welches den Gegenstand des Rechtsverhältnisses und dieses selbst trifft, so würde auch z. B. der Eigenthümer in der zeitweiligen Entziehung des Sachbesitzes noch keine Verletzung erblicken dürfen. Dies wäre unmöglich, so lange der ohne Rechtsgrund besitzende Nichteigenthümer nur die Sache

[51]) Wenn Binding (Normen I, S. 190) annimmt, es gebe Rechtsgüter, die Objekte subjektiven Rechtes seien, so hält er dabei den Gegenstand, zu dem wir in einem Rechtsverhältniss stehen, für ein Rechtsgut, d. h. also für ein Rechtsschutzobjekt (S. 192 und 193). Betrachtet er dann aber zugleich das unabhängig von einem Rechtsverhältniss zur Existenz gelangte Interesse als ein kein Objekt subjektiven Rechtes bildendes Rechtsgut, so dass hiernach also beispielsweise neben der körperlichen im Eigenthum Jemandes stehenden Sache auch Dasjenige als Gegenstand des Rechtsschutzes erscheint, was durch Bigamie oder Ehebruch verletzt wird, so macht dies eine einheitliche Auffassung vom Rechtsschutzobjekt zur Unmöglichkeit.

konservirte und das Eigenthumsrechtsverhältniss nicht etwa durch stattfindende Ersitzung gelöst worden wäre. Sprechen wir aber gleichmässig von einer Verletzung, unsere Sache möge uns nun muthwillig vernichtet, definitiv oder nur auf eine Stunde rechtswidrig entzogen sein, so hat dies darin seinen Grund, dass lediglich unser Interesse den Gegenstand des Rechtsschutzes ausmacht. Sobald man hierin die Substanz erblickt, die ihr Entstehen den Einwirkungen verdankt, welche die uns umgebende Aussenwelt auf unsere ethischen, intellektuellen und physischen Anlagen ausübt, erscheinen damit die verschiedenartigsten Lebenszwecke dem Rechtsschutze unterstellt. Zugleich gelangt man aber auch nur auf diesem Wege dazu, scharfe Grenzen für den Verletzungsbegriff zu gewinnen, wirkliche und wahre Verletzungen von blossen Scheinverletzungen zu unterscheiden.

Wenn das D. St.G.B. einen: Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit überschriebenen Abschnitt enthält, so wäre nichts irriger, als wenn man hieraus auf die Existenz einer verletzbaren und deshalb unter Strafschutz gestellten Sittlichkeit schliessen wollte. Keineswegs bezweckt hier die Strafe die Aufrechterhaltung eines objektiven Princips der Sittlichkeit. Nachdem vielmehr vom Rechte anerkannt worden, dass z. B. die eheliche Treue eine unumgängliche Voraussetzung für den Bestand desjenigen Interesses bildet, welches die Ehe den Ehegatten gewährleistet; nachdem ferner z. B. die Geschlechtsehre der Frauenspersonen im Besondern für ein des Schutzes werthes Interesse erachtet worden, beabsichtigt der Gesetzgeber, im 13. Abschnitt des Gesetzbuches diese und andere Interessenarten vor bestimmten Angriffen sicherzustellen. Aber man hat sich nicht nur davor zu hüten, auf Grund der verleitlichen Ueberschrift dieses 13. Abschnittes ein einheitliches Angriffsobjekt als in ihm geschützt anzunehmen, sondern wird ferner auch zugestehen müssen, dass die verschiedenen hier ins Auge gefassten Angriffsobjekte alle lediglich auf der Rechtssphäre des einzelnen Rechtssubjekts anzutreffen sind. Dies festgehalten, ergiebt sich, dass der Strafeintritt bei diesen Verbrechen durchaus nicht immer das Vorhandensein einer Verletzung voraussetzt. Man denke nur, ein mit seinem Ehegenossen in bereits völlig zerrütteter Ehe lebender Gatte begehe einen Ehebruch, oder

es werden im Einzelfalle zwei Männer, welche mit einander Päderastie treiben, hierdurch weder unkeuscher, als sie schon sind, noch auch an ihrer Gesundheit geschädigt. Wenn in solchen Fällen kein Rechtssubjekt in seinen Interessen verletzt wird, so beweist das nicht, dass wir das Rechtsschutzobjekt ausserhalb der Rechtssphäre des Einzelnen zu suchen haben, sondern bewiesen wird dadurch vielmehr, dass die Strafe unabhängig von irgend welcher Verletzung des Rechtsschutzobjektes eintreten kann, das Verbrechen mithin auch begrifflich nicht als Unrecht aufzufassen ist.

Ebensowenig folgt aus dem 11. Abschnitt des D. St.G.B., dass die Religion ein vor Verletzungen zu schützendes Angriffsobjekt bildet. Richtig ist nur, dass Diejenigen, welche gläubig den Satzungen einer positiven Religion anhängen und hieraus eine Befriedigung für sich herleiten, vor gewissen Angriffen auf diese ihre Gefühle geschützt sein sollen. Insofern man etwa annähme, der Strafgesetzgeber erblicke in der religiösen Gläubigkeit des Einzelnen ein sicheres Pfand dafür, dass er fremde Interessen nicht verletzen werde, liesse sich höchstens noch sagen, die auf die Erhaltung vorhandener Gläubigkeit abzielende Strafe gewähre hier mittelbar auch noch allen übrigen Interessenarten einen Schutz. Keinesfalls bildet es aber heutzutage die Aufgabe des Strafgesetzgebers, zum Nutzen und Frommen der Religion den unkirchlich Gesinnten gläubig machen oder für die Ausbreitung des Gottesglaubens Sorge tragen zu wollen. Eine Theorie, die derartigen Gedanken Raum gäbe und etwa Sittlichkeit, sowie Religion selbst für Gegenstände des Rechtsschutzes hielte, würde jedenfalls, wenn man von allen übrigen Bedenken absähe, durch Aufstellung solcher abstrakten Angriffsobjekte den Begriff der Verletzung zu einem rein tropischen herabdrücken. Falsch ist daher auch die häufig wiederholte Ansicht, das Verbrechen greife im Princip an, was im Civilunrecht nur in einem einzelnen Repräsentanten als angegriffen erscheine. Gewiss lässt sich in abstracto sagen, die Strafe schütze das Leben[52]), die Freiheit, die Ehre, das Vermögen, die geschlechtliche Keuschheit u. s. w. Soll aber hierin etwas

[52]) Obwohl das Leben, streng genommen, blos eine physische Voraussetzung für das Dasein aller einzelnen Interessenarten darstellt, kann es gleichwohl doch auch für eine selbstständige Interessenart ausgegeben werden.

Weiteres liegen, als dass Leben, Freiheit, Ehre aller Derer, denen das Recht diese Interessen erhalten wissen will, geschützt sind, wird also etwa gemeint, die Gesammtheit aller thatsächlich auf der Rechtsordnung anzutreffenden gleichartigen Interessen bilde für sich noch als einheitliches Ganzes einen besondern Gegenstand des Rechtsschutzes, so langt man dann nur zu bald bei blossen Begriffen an, für die sich keinerlei reale Unterlage mehr finden lässt. Der richtigen Erkenntniss schadet nicht wenig, dass man gegenwärtig fast allgemein von Rechtsgütern als Angriffsobjekten spricht.[53]) Würden nur Einzelinteressen als Rechtsgüter bezeichnet werden, so wäre dagegen natürlich Nichts einzuwenden. Dies geschieht aber durchaus nicht. — Als Birnbaum in seiner mit Recht geschätzten Abhandlung: „über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens"[54]) das rechtliche Gut als Angriffsobjekt zu betrachten vorschlug, erkannte er einerseits die Unzuträglichkeiten, zu denen der Feuerbachsche Verbrechensbegriff hinführt, andrerseits sah er aber auch ein, dass, sobald man das Recht im objektiven Sinne für verletzt ausgiebt, nur figürlich von einer Verletzung die Rede sein kann. Birnbaum vermeinte also, durch Zugrundelegung des Rechtsgutsbegriffs die von zwei entgegengesetzten Seiten drohenden Klippen umschiffen zu können. Dieser Begriff leistet aber keineswegs die erhofften Dienste. Wenigstens haben mich alle die Schriftsteller, die bis zum heutigen Tage mit ihm operirten, nicht von seiner Tauglichkeit zu überzeugen vermocht. Bis auf Binding hatte die Kritik insofern einen schweren Stand, als dieser Begriff meist ganz unbestimmt gelassen zu werden pflegte. Es ist Bindings Verdienst, eine besondere Theorie des Rechtsgutes aufgestellt zu haben. Als Rechtsgut wird bei ihm bezeichnet: „Alles, an dessen unveränderter und ungestörter Erhaltung das positive Recht . . . ein Interesse hat." Zugleich glaubt er, aus dem positiven Rechte folgern zu dürfen, dass die Rechtsgüter durch eine dreifache Brustwehr vor Verletzungen geschützt seien.[55])

---

[53]) Vgl. z. B. Hälschner, System des preussischen Strafrechts, Bd. II, S. 214: „Das Verbrechen setzt in allen Fällen die Beschädigung . . . . eines rechtlichen Gutes voraus."

[54]) Abgedruckt im N. Arch. f. Kriminalr. Jahrg. 1834.

[55]) Normen I, S. 187.

Unmittelbar umgebe das Gut eine Gruppe von Verboten, welche seine Verletzung ausschliessen wollen. Vor diese Verbote schiebe sich als zweiter Gürtel das Verbot der Gefährdung des Gutes, und in viel weiterer Entfernung von dem geschützten Gute ständen endlich als dritte Klasse von Verboten diejenigen, durch welche Handlungen ohne jede Rücksichtnahme auf ihre wirklichen Erfolge, lediglich aus Sorge vor ihren möglichen Erfolgen untersagt seien. Ich sehe hier ganz davon ab, dass jedenfalls das Mittelglied der Gefährdungsverbote auszuscheiden ist und ausser verletzend wirkenden nur in abstracto für gefährlich gehaltene Handlungen verboten sein können. Wie viele Verbotsarten es aber auch geben mag, sicher muss nicht nur eine jede von ihnen in thesi jedem Rechtsgute gegenüber denkbar sein, sondern alle Rechtsgüter müssen nothwendiger Weise unter dem Schutze von Verletzungsverboten stehen. Könnte das positive Recht auch ein Rechtsgut möglicher Weise lediglich durch ein Verletzungsverbot schützen, so wäre doch unmöglich, dass es grade nicht unter dem Schutze eines solchen Verbotes, sondern nur unter dem einer andern Verbotsart stände. Letzteres würde voraussetzen, es gebe Rechtsgüter, die, was auch sonst immer mit ihnen geschehen möge, doch niemals verletzt werden könnten. Solchen Rechtsgütern aber überhaupt irgend welchen Schutz zu verleihen, wäre der grösste Luxus.[56]) — Indem Binding nun neben dem Leben, der Freiheit, der Ehre und andern Gütern auch „das öffentliche Sittlichkeitsgefühl“, „die Staatsverfassung Deutschlands und der deutschen Bundesstaaten“, den „völkerrechtlichen Friedenszustand des deutschen Reiches“, „die Staatsgeheimnisse des deutschen Reiches und der deutschen Bundesstaaten“, „die Echtheit der telegraphischen Depesche“, „die Wahrhaftigkeit der zum Beweis verwendeten Beweismittel“ als Rechtsgüter aufführt, ist die Durchführung eines einheitlichen Verletzungsbegriffs völlig preisgegeben. Die blosse Aussage, dass alle die Zustände, die durch Aenderung nicht verdrängt werden sollen, und an deren Erhaltung das Recht ein Interesse hat, Rechtsgüter seien, bietet nemlich durchaus keine Garantie da-

---

[56]) Binding erkennt denn auch Note 311, S. 188, richtig an, dass jedes Verbot der Gefährdung eines Gutes auch die Existenz eines Verletzungsverbotes voraussetze.

für, dass man nicht fälschlich für ein Rechtsschutzobjekt hält, was nichts weniger als dieses ist. Werden diese Zustände nach Wesen und Art nicht klar präcisirt, und führt man die materielle Beschaffenheit des die Integrität eines Rechtsgutes darstellenden Zustandes auf keinen principiellen Gesichtspunkt zurück, so geht vielmehr in Anbetracht des Umstandes, dass alle Verbotsarten übereinstimmend einen bestehenden Zustand abzuändern verbieten, jegliche Basis dafür verloren, welche Verbotsart man angesichts einer Veränderung als übertreten anzunehmen hat. Jede Entscheidung, die man trifft, trägt dann mehr oder minder den Stempel reiner Willkür an sich. Eine sichere Grundlage lässt sich hier gar nicht anders gewinnen, als wenn man das Interesse des einzelnen Rechtssubjekts für den durch alle denkbaren Verbotsklassen geschützten Gegenstand ansieht. Hierauf führt schon der Umstand, dass jede keine Interessenverletzung darstellende, gleichwohl aber untersagte Veränderung ausnahmslos nur aus der vom Rechte gehegten Besorgniss vor ihren unsere Rechtssphäre schädigenden Wirkungen verboten ist. Dies ist überall der Fall, wo Binding, ohne dass irgend ein Einzelinteresse getroffen ist, bereits ein Rechtsgut für verletzt ausgiebt. Das Verbot, in gefährlicher Nähe von Gebäuden mit Feuergewehr zu schiessen, verfolgt offensichtlich den Zweck, Leben, Körperintegrität und Eigenthum vor Verletzungen zu schützen. Ist das Verbot übertreten, ohne dass eine dieser Interessenarten getroffen ist, so wird wohl auch, da sich sein Zweck allerdings zu klar ausprägt, Niemand behaupten wollen, hier sei ein als „die Sicherheit der öffentlichen Strasse“ zu bezeichnendes Rechtsgut verletzt. Ein solches zu statuiren, wäre aber nicht verkehrter, als wenn man mit Binding z. B. aus dem Verbote, einen Meineid zu leisten, auf ein Rechtsgut schliessen wollte, welches etwa den Namen trüge: „die Wahrhaftigkeit der zum Beweise verwendeten Beweismittel“. Denn eine Verletzung ist angesichts des Meineids grade so wenig nothwendig, wie bei Uebertretung jenes andern eben erwähnten Verbotes. So wie dem Rechte das Schiessen auf offener Strasse durchaus gleichgültig sein könnte, wenn es nicht in so vielen Fällen verletzend wirken würde, genau so wäre auch das Falschschwören etwas rechtlich ganz Indifferentes, wenn es für unsere Interessen nicht so ausserordentlich häufig schädigende

Wirkungen nach sich zöge. Denn als Beleidigung eines höchsten Wesens kann der Meineid nur so lange erfasst werden, als man sich von solchem höchsten Wesen ein menschenähnliches Bild entwirft. In der Strafe des Meineides aber einen Ausdruck zu gewinnen für die Unsittlichkeit, die, wie in jeder, so auch in dieser qualificirten Lüge enthalten ist, kann nicht die Aufgabe des Rechts bilden. Der Meineid erscheint als etwas abstrakt Gefährliches für unsere Freiheit, unser Leben, unsere Ehre, unser Vermögen, kurzum für unsere wichtigsten Interessenarten. Sie alle können z. B. im Einzelfalle durch den meineidigen Zeugen verletzt werden, dessen falsche Aussage zu unserer ungerechten Bestrafung mitwirkt. Würde der Meineid in jedem konkreten Falle gleich unschädlich wirken, wie etwa da, wo eine vereidete Zeugin aus Eitelkeit ihr Alter um einige Jahre zu niedrig angiebt, so hätte das Recht nicht den mindesten Anlass, ihn bei schwerer Strafe zu verbieten. Ob aber der Meineid im Einzelfalle unsern Interessen gegenüber verletzend wirkt oder nicht, beeinflusst, da diese Wirkungen, falls sie vorhanden sind, ausserhalb des Thatbestandes der in den art. art. 153 und 154 gezeichneten Verbrechensfiguren liegen, die Existenz dieser Verbrechen durchaus nicht.[57])

Alles dies wird man nur dann nicht zugeben, wenn man, lediglich um das Verbrechen für eine Unrechtsart ausgeben zu können, von möglichst allen Verbrechen zu erweisen hat, dass zu ihrem Thatbestande eine Verletzung gehöre. Nur aus diesem Streben entsteht z. B. bei Binding das Rechtsgut: „die Echtheit der telegraphischen Depesche“. Mit der blossen Fälschung einer Depesche ist niemals die Verletzung eines Rechtsschutzobjektes hergestellt. Dasselbe wird vielmehr erst dann getroffen, wenn die Fälschung eine schädigende Wirkung auf unsere Interessen ausübt. Das Verbrechen der Depeschenfälschung (art. 355 D. St.G.B.) liegt jedoch

---

[57]) Obwohl das Verbrechen der Alinea 2 des art. 154 die Verurtheilung des Angeschuldigten, zu dessen Nachtheil das falsche Zeugniss abgelegt ist, voraussetzt, so ist hier gleichwohl nicht nöthig, dass der Meineidige selbst bei erfolgter Strafvollstreckung eine Verletzungsnorm übertreten habe. Denn nach der Fassung des Gesetzes wird zum Verbrechensthatbestande kein Kausalzusammenhang zwischen der falschen Aussage und der Verurtheilung verlangt, und da es keine Schuld ohne Kausalität giebt, demnach auch nicht, dass der Meineidige den Verurtheilten s c h u l d h a f t v e r l e t z t habe.

vor, gleichviel ob die Fälschung einer dem zum Tode Verurtheilten die Begnadigung bringenden Depesche ein Menschenleben kostet, oder ob der Telegraphenbeamte sich eine metrische Verbesserung eines versificirten Glückwunschtelegramms erlaubt. Da aber selbst ersternfalls die Verletzung nicht zum Verbrechensthatbestande gehört, so ist auch rücksichtlich des art. 355 zuzugestehen, dass er nur eine abstrakt gefährliche Handlung unter Strafe stellt.

Wer etwas Anderes, als das Interesse der einzelnen Rechtssubjekte, für den rechtlich geschützten Gegenstand hält, könnte schliesslich zu der Annahme gelangen, in jedem eine bestimmte Verbrechensfigur zeichnenden Artikel des St.G.B. sei ein besonderes Angriffsobjekt unter Strafschutz gestellt. Aus art. 331, D. St.G.B. würden wir alsdann als Rechtsgut „die Integrität des Beamtenstandes“ gewinnen; aus art. 342 „den Hausfrieden“, aus art. 360, Z. 8, vielleicht „das Tragen der Uniform durch Befugte“; ja, wir hätten alsdann auch jenem Erkenntniss des Berliner Obertribunals vom 11. Mai 1854 zuzustimmen, welches auf Grund art. 101 des ehemaligen preussischen St.G.B. die Wahrnehmung gemacht hatte, dass „der Geist der Regierung“ ein Angriffsobjekt bilde. Böte die Rechtsordnung aber solche Zahl von Angriffspunkten dar, so könnte das Recht mit gutem Grunde einer starken Launenhaftigkeit geziehen werden. Denn mit jeder Veränderung, die der gesetzliche Thatbestand eines Verbrechens erlitte, würden zugleich Rechtsgüter ihre bisherige Gestalt verändern; neue Rechtsgüter entständen aber, wo neue Verbrechensfiguren gebildet würden, und bestehende Rechtsgüter müssten zu Grunde gehen, wo bestimmte Verbrechensfiguren völlig aus dem positiven Strafrecht verschwänden. Trotz aller Wandlungen, welche der Verlauf der Jahrhunderte mit sich bringt, bleiben jedoch die Objekte des Rechtsschutzes, weil sie nur durch unsere Interessen gebildet werden, ihrem Bestande und ihrer Gestalt nach fast ausschliesslich die gleichen. Nicht die Angriffsobjekte, sondern die Angriffsmodalitäten verändern sich. Nur dadurch, dass man dies mit einander verwechselt, entsteht eine so grosse Anzahl von Scheinangriffsobjekten. So hat sich, nachdem wir uns durch die Erfindungen des letzten Jahrhunderts die elementaren Gewalten für unsere Zwecke in bisher ungeahnter Weise dienstbar gemacht haben, damit zugleich auch die Zahl der An-

griffsarten vermehrt, denen unsere Interessen, namentlich unser Leben und unsere Gesundheit ausgesetzt sind. Vor diesen Angriffsformen will uns der Strafgesetzgeber z. B. da bewahren, wo die Bestrafung gewisser Handlungen die Sicherheit unserer dem Eisenbahnverkehr anvertrauten Interessen erstrebt. Die den Verbrechen der art. art. 315 und 316 folgende Strafe schützt aber nicht etwa ein erst durch die Erfindung der Dampfmaschine ins Leben gerufenes Angriffsobjekt.

Hiernach muss es auch für unzulässig erachtet werden, von Gütern der Gesammtheit zu reden, und zugleich neben den einzelnen physischen Menschen noch anderweitige Rechtssubjekte für verletzbar zu halten. Ob auf andern Rechtsgebieten zwingende Gründe dafür vorliegen, den Begriff des Rechtssubjektes nicht ausschliesslich auf den einzelnen physischen Menschen zu beschränken, kann hier unerörtert bleiben. Keinesfalls bedarf aber die Theorie des Unrechts, noch die des Verbrechens dieser Fiktion. Denn wenn beispielsweise Hälschner[58]) meint, es könne vom Standpunkte des Strafrechts aus Rechtssubjekte geben, die weder das Privat-, noch das Staatsrecht im e. S. als solche anerkenne, so erscheint die Statuirung solcher Gebilde wieder nur als Konsequenz der Irrthümer, in denen die herrschende Ansicht rücksichtlich der Natur des Verbrechens befangen ist. Lediglich, wenn man sich durch die Annahme, dass das Verbrechen ein Unrecht sei, und dass die Strafe dem sie bedingenden Thatbestande gegenüber eine Funktion erfülle, dazu verleiten lässt, den blossen Schein einer Verletzung für eine wirkliche zu halten, muss man sich auch nach entsprechenden Rechtssubjekten umsehen, die als Träger dieser Scheinverletzungen dienen können. Hierzu werden wir aber um deswillen nicht gedrängt, weil wir nicht zum Verbrechen, sondern nur zum Unrecht eine Verletzung fordern, für dieses sich aber die Verletzung des Individuums als völlig ausreichendes Moment erweist. Weder der Staat, noch die Nation, weder eine Klasse der Bevölkerung, noch ein Stand oder eine Religionsgesellschaft können als solche verletzt werden. Nur die physischen Menschen, welche zu diesen Verbänden gehören, sind verletzbar. Giebt man diese Verbände selbst für

[58]) Hälschner a. a. O.

verletzt aus, wo keines ihrer Mitglieder getroffen ist, so verflüchtigt sich die Verletzung zu einem rein schattenartigen Begriff. Alle diese Vereinigungen führen, unabhängig von den sie bildenden Individuen, gar keine selbstständige Existenz; Alles, was von ihnen ausgesagt und ihnen als Prädikat zugeschrieben wird, haftet nur den Individuen an, geht von diesen aus und gelangt an ihnen zur Erscheinung. Wohl kann eine Handlung eine Mehrheit von Rechtssphären schädigen, deren Träger insgesammt demselben Verbande angehören, und die Verletzung solcher Mehrheit von Rechtssphären kann auch, wie dies der art. 126 D. St.G.B. lehrt, zum Merkmal eines Verbrechensthatbestandes erhoben sein. Bewirkt aber selbst eine Handlung den Untergang einer Vereinigung, in der eine Mehrheit von Rechtssubjekten lebt, so erscheint darum noch nicht dieser Verband selbst, sondern immer nur dasjenige Interesse, welches dem Einzelnen seine Mitgliedschaft gewährt, als verletzbares Angriffsobjekt. Wer dies in Abrede stellt, könnte ebensowohl behaupten, ein kollektives Ganze sei ohne Berührung eines seiner Theile angreifbar, eine Gattung, ohne dass sich die Verletzung an einer Species offenbare. In allen Verbrechensfiguren, rücksichtlich derer behauptet wird, sie setzten den Staat oder irgend einen andern Verband als verletztes Rechtssubjekt voraus, erscheinen denn auch nur Handlungen unter Strafe gestellt, von denen der Gesetzgeber fürchtet, dass sie eine grössere Anzahl von Rechtssphären in Mitleidenschaft ziehen werden. Man betrachte nur die weitaus meisten Verbrechen, welche unter die Rubriken: Hochverrath und Landesverrath (D. St.G.B. Th. II, Abschn. 1), Widerstand gegen die Staatsgewalt und Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung (D. St.G.B. Th. II, Abschn. 6 und 7) gebracht sind. Dass bei der grössten Anzahl dieser Verbrechen[59]) die Strafe unabhängig von der Verletzung eines Individuums eintritt, beweist grade, dass man im Verbrechen nicht nach einer Verletzung suchen darf. Theilt ein Deutscher während eines gegen das deutsche Reich ausgebrochenen Krieges dem Feinde einen diesseitigen Operationsplan mit (art. 90, Z. 4, D. St.G.B.), so liegt in der Mittheilung als solcher gar keine Verletzung. Die betreffende Handlung kann

[59]) Vom Verbrechen des Hausfriedensbruchs (art. 123 D. St.G.B.) kann dies z. B. nicht gesagt werden.

einen durchaus unschädlichen Verlauf nehmen. Man braucht z. B. nur zu unterstellen, der Verräther schädige grade unabsichtlich den Feind, indem er ihm einen längst aufgegebenen und ihn deshalb nur irre führenden Plan unterbreitet habe. Wirkt die hier bei Strafe verbotene Handlung in concreto aber schädigend, so wird sie auch fast immer eine unübersehbare Anzahl von Rechtssphären verletzen. Sie wird also z. B. den Verlust einer den Feldzug entscheidenden Schlacht herbeiführen und Tausenden in dieser Schlacht Gefallenen das Leben, Tausenden Gefangenen die Freiheit kosten; sie wird Vermögensinteressen schädigen, indem dem Feinde durch seine vortheilhaftere Stellung eine Plünderung oder Beschiessung bewohnter Plätze ermöglicht wird, oder indem die von ihm geforderten Kriegskosten aus der Tasche des steuerpflichtigen Bürgers bezahlt werden müssen. Wie immer man es also auch anzustellen sucht: die verletzenden Wirkungen, die solche Handlung herbeizuführen im Stande ist, können nirgends anders als nur auf der Rechtssphäre der einzelnen Rechtssubjekte zur Erscheinung kommen; niemals wird ein über diesen Individuen stehendes Wesen für verletzt ausgegeben werden dürfen, und nur, wenn Individuen getroffen sind, ist der Zweck vereitelt, den der Gesetzgeber bei Aufstellung des betreffenden Verbotes ins Auge fasste.

Wird aber lediglich das Einzelinteresse für den Gegenstand gehalten, dem die Strafe Rechtsschutz zu gewähren beabsichtigt, so könnte angesichts der Thatsache, dass alsdann verhältnissmässig nur wenige Verbrechen eine Verletzung bedingen, vielleicht der Einwand erhoben werden, damit sei ein für das Strafrecht völlig unzureichender privatrechtlicher Standpunkt eingenommen. Dieser Einwand wäre jedoch unbegründet; denn dem Verbrechen bleibt durch die hier vertretene Ansicht der ihm zukommende öffentlichrechtliche Gesichtspunkt im vollsten Masse gewahrt. Gerechtfertigt wäre solches Bedenken höchstens dann, wenn, was freilich vielfach angenommen wird, Privatrecht und öffentliches Recht auf Grund einer Verschiedenheit des ihrem Schutze unterstellten Gegenstandes von einander gesondert zu werden vermöchten. Davon kann jedoch keine Rede sein.[60]) Der Schutz des Einzelinteresses bildet ganz

[60]) Vgl. hierüber, so wie über die richtige Unterscheidung zwischen öffent-

ebenso den Zweck des öffentlichen, wie des Privatrechts. Das sie von einander trennende Merkmal liegt lediglich in der Verschiedenheit von Form und Inhalt des von ihnen beiden dem gleichen Gegenstande gewährten Schutzes. Auf einer Ungleichheit dieses Gegenstandes beruht diese Unterscheidung schon deshalb nicht, weil derselbe weder einen Bestandtheil des subjektiven Privat-, noch des subjektiven öffentlichen Rechts bildet. Dem öffentlichen Rechte gehört das Strafrecht aus keinem andern Grunde an, als weil es demselben Interesse, welches durch das Privatrecht geschützt erscheint, in der Strafe einen öffentlichrechtlichen Schutz zu Theil werden lässt. Auf die Bestrafung des Verbrechers hat der Einzelne einen öffentlichrechtlichen Anspruch: ein Gesichtspunkt, der es z. B. unmöglich macht, in der Stellung des Antrags abseiten des Antragsberechtigten die Ausübung eines Privatrechts zu erblicken.

Will man nach all diesem eine systematische Anordnung der einzelnen Verbrechen je nach dem Objekt unternehmen, gegen welches sich der verbrecherische Angriff richtet, so ist vornemlich daran zu erinnern, dass sich die im Verhältniss zu der geringen Zahl von Interessenarten grosse Menge von Verbrechensfiguren nur aus der unbeschränkten Anzahl von Angriffs**modalitäten** herleiten lässt. Vor allen Dingen muss man sich also davor hüten, dass man nicht da, wo nur ein Unterschied in der Angriffsform dem Strafgesetzgeber Anlass zur Aufstellung verschiedener Verbrechensfiguren giebt, fälschlich verschiedene Angriffsobjekte annimmt. Dies festgehalten, könnte man also beispielsweise die sämmtlichen Verbrechen, deren Strafe das Leben, oder diejenigen, deren Strafe das Eigenthum zu schützen bezweckt, zusammenstellen. Dabei wäre aber zu beachten, dass die Strafe durchaus nicht stets diejenige Interessenart zu schützen bestimmt ist, deren Verletzung etwa zum Verbrechensthatbestande erfordert wird. Die auf das Verbrechen des Mordes gesetzte Strafe schützt zweifellos das Leben. Das Gleiche lässt sich aber nicht von der Strafe des art. 80 sagen, in welchem am Kaiser begangener Mord oder Mordversuch als Hochverrath bestraft wird. Vielmehr geniesst das Leben des Kaisers,

---

lichen und Privatrechten den in mancher Hinsicht trefflichen Abschnitt III des mehrfach angeführten Thon schen Buches.

wie das jedes andern Menschen, den Strafschutz des art. 211. Neben diesem letztern art. ist die Bestimmung des art. 80 nur deshalb nicht tautologisch, weil hier diejenigen Interessen der Reichsangehörigen geschützt erscheinen, die durch den Tod des Staatsoberhauptes getroffen werden können. Ebensowenig will die im art. 142 auf die Selbstverstümmelung oder Verstümmelung eines Einwilligenden gesetzte Strafe, welche die Absicht voraussetzt, sich oder den Andern zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich zu machen, der Körperintegrität irgend welchen Schutz verleihen. Einen solchen gewähren die Bestimmungen der art. art. 223—233 in ausreichendem Masse. Im art. 142 empfangen nur diejenigen Interessen einen Strafschutz, deren Erhaltung nach Ansicht des Gesetzgebers durch den stets vertheidigungsfähigen Zustand des Staates bedingt ist.

Nun lässt sich aber solche Zusammenstellung nach der angegebenen Richtung hin gar nicht durchführen, weil die Strafe nur bei einer geringen Anzahl der zu ihrem Thatbestande keine Verletzung fordernden Verbrechen ausschliesslich eine einzige bestimmte Interessenart zu schützen bezweckt. Grösstentheils will sie bei diesen Verbrechen alle denkbarer Weise durch die verpönte Handlung geschädigten Interessenarten sicherstellen. Die im art. 146 schon auf das blosse in gewisser Absicht unternommene Nachmachen von Metallgeld oder Papiergeld gesetzte, zu ihrem Eintritt keine Verletzung fordernde Strafe gewährt allerdings augenscheinlich nur Vermögensinteressen einen Schutz; dagegen will aber beispielsweise die Strafe des Meineids, so wie fast aller unter die Kategorie von Hochverrath und Landesverrath gebrachter Verbrechen, keine einzige Interessenart ausschliesslich schützen. Dies bildet den Grund, weshalb durchaus nicht durchgehends die Beschaffenheit des Angriffsobjekts, sondern so vielfach daneben auch die vom Verbrecher gewählte Angriffsform dem einzelnen Verbrechen seine Stelle in den Strafgesetzbüchern anweist.

Im engsten Zusammenhange mit den Fehlern, die in der Auffassung des Rechtsschutzobjekts begangen zu werden pflegen, steht die Meinung, die Verletzung desselben sei durch einen besonders gearteten Willensinhalt des Handelnden bedingt. Ob eine Handlung unsere Interessen verletzt, hängt jedoch augenscheinlich nur

von ihrer Kausalität ab. Vermehrt man allerdings die Zahl der Angriffsobjekte ganz unzulässiger Weise da, wo in der That nur verschiedene Angriffsformen vorliegen, so würde sich die Nichtigkeit der auf diesem Wege erzeugten Rechtsschutzobjekte, so wie das Schattenhafte der ihnen gegenüber angenommenen Verletzungen, nur zu bald offenbaren, wenn man bei ihnen anerkennen wollte, was in Bezug auf die wirklichen Angriffsobjekte nicht wohl geleugnet werden kann. Hier glaubt man deshalb durch Zuhülfenahme des in der Handlung enthaltenen Willensmomentes über den Mangel einer wahrhaften Verletzung hinwegkommen zu können. Von jedem Verbrechen, von dem behauptet wird, die zu ihm erforderliche Verletzung könne nur bei schuldhaftem Willen entstehen, darf man sicher annehmen, dass zu ihm gar keine Verletzung nöthig ist, vielmehr nur ein künstliches und blos im figürlichen Sinne für verletzbar ausgegebenes Angriffsobjekt vorliegt. Dass, wie man häufig sagen hört, die hier vertretene Ansicht zu dem Resultate führe, die sog. Naturkausalität sei jedes Verbrechen zu produciren im Stande, ist schon deshalb verkehrt, weil der Verbrechensbegriff jedenfalls das Dasein eines verbrecherisch handelnden Menschen voraussetzt. Wohl aber folgt daraus, dass jede Verletzung, deren Fernhaltung die Strafe in Aussicht nimmt, auch von der Naturkausalität erzeugt zu werden vermag. Dies Ergebniss ist durchaus unanfechtbar, zumal sich die Gegner zu seiner Widerlegung auf solche Verbrechen beziehen, die keine wirkliche Verletzung voraussetzen. Nur ein Mensch kann beleidigen und verleumden. Nichtsdestoweniger ist aber auch die Naturkausalität im Stande, die in den art. art. 186 und 187 D. St.G.B. unter Strafschutz gestellte partielle Seite unseres Wohls zu verletzen, welche uns daraus erwächst, dass wir bei Andern in Ansehn stehen. Die unsere Rechtssphäre treffende Verletzung ist ganz die gleiche, unser Ansehn mag nun dadurch vernichtet werden, dass Jemand von uns behauptet, wir hätten gestohlen, oder es mag der Windstoss ein uns anvertrautes Werthpapier entführt und uns, zumal wir ersatzunfähig sind, in Verdacht der Unterschlagung gebracht haben. Wenn ferner beispielsweise Köstlin[61]) bei Erörterung der so vielfach ventilirten

---

[61]) Köstlin, System § 65, Nr. 4.

Frage, welche Verbrechen eine kulpose Begehung zulassen, das Gebiet der kulpa „auf diejenigen Rechtsverletzungen" beschränken will, „die durch den Anstoss eines nicht vorbedachten Naturkausalismus entstehen können", so fördert dies die Kenntniss vom kulposen Verbrechen durchaus nicht. Denn man kann nicht ausserdem noch mit Köstlin „Rechte" annehmen, „die zwar durch Vermittelung des Zufalls faktisch lädirt, aber eben als Rechte nicht ohne Vorsatz verletzt werden können (wie Ehre, Freiheit, das Recht der Ehe u. s. w.)". Nur weil Köstlin für jedes Verbrechen eine Verletzung fordert und demnach bei Verbrechen, die in Wirklichkeit ohne eine solche konsummirt werden, eine Nichtverletzung für eine Verletzung halten muss, gelangt er zu dieser angeblichen Verschiedenheit der Verletzbarkeit des Angriffsobjekts und legt dem Willensinhalte diese ihm gar nicht zukommende Bedeutung bei. Die Frage, welche Verbrechen sowohl dolos, wie kulpos begangen werden können, führt aber nicht nur zu keinem theoretisch werthvollen Resultate, sondern darf auch bei einigem Besinnen überall nicht gestellt werden. Giebt es keinen kulposen Diebstahl, so muss man nemlich den Grund dafür nicht mit Köstlin darin suchen, dass es „eine Reihe von rechtsverletzenden Handlungen giebt, welche als solche gar nicht begangen werden können, ohne dass jedes ihrer Momente mit Bestimmtheit in der Ueberlegung des Vorsatzes gegenwärtig war". Sondern er besteht nur darin, dass kriminalpolitische Erwägungen den Strafgesetzgeber veranlassten, ausschliesslich die dolose Uebertretung der die Verletzung fremder Vermögensinteressen verbietenden Norm unter Strafe zu stellen — und dies auch nur unter der Voraussetzung, dass der dolose Normübertreter mit seiner Handlung einen speciellen gesetzlich hervorgehobenen Zweck verfolgt. Ist aber, ob eine Norm übertreten ist, völlig unbeeinflusst von der Beschaffenheit des Zweckes, den Jemand mit seiner rechtswidrigen Handlung zu erreichen sucht, so beweist diese Beschränkung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit durchaus nicht, dass dieselbe Verletzungsnorm, die der Dieb übertritt, nicht auch kulpos übertreten werden könne. Genau genommen darf man überhaupt nicht sagen, es gebe Verbrechen, die sowohl dolos, wie kulpos begangen werden könnten. Denn wer als Beispiel die Tödtung anführt, dem kann erwidert werden, dass wenigstens unser positives Straf-

recht kein Verbrechen der Tödtung kennt. Die Verbrechen des Mordes und des Todtschlages können aber, weil sie eben dann aufhören würden, Mord und Todtschlag zu sein, gar nicht kulpos begangen werden. Gemeinsam ist ihnen mit dem Verbrechen der kulposen Tödtung, dass bei ihnen ein und dieselbe Norm übertreten erscheint und die Strafe einem und demselben Gegenstande Rechtsschutz zu gewähren bestrebt ist. Wäre aber denkbar, dass aus unserm Strafgesetzbuche jemals das Verbrechen der fahrlässigen Tödtung verschwände, so würde alsdann sicher Niemand sagen, aus dem von Köstlin für die Nichtexistenz eines kulposen Diebstahls angeführten Grunde gebe es keinen kulposen Mord.

§ 7.

Die Gefahr.

Sobald über die Natur des Rechtsschutzobjektes eine feste Grundlage gewonnen ist, bietet die Frage, wann eine Verletzung desselben vorliegt, im Allgemeinen keine principiellen Schwierigkeiten dar. Nur ein Punkt bedarf noch der Erörterung. Vielfach werden nemlich die Grenzen des Verletzungsbegriffs durch die Ansicht verwischt, welche Wissenschaft und Gesetzgebung über die Gefahr hegen. Wenn beispielsweise ein Schriftsteller, wie Schaper[62]), meint, „es müsse wohl davon ausgegangen werden, dass in gewissem Umfange die blosse Gefährdung der unter Strafschutz gestellten Güter bereits als Rechtsverletzung zu betrachten sei", und als Grund dafür angiebt, es sei sonst „unverständlich . . . . , dass die Gesetzgebungen nicht müde werden, blos gefahrdrohende Handlungen in die Klassen der — theilweise straffälligsten — Vergehungen einzureihen", so haben wir hierin ein treues Spiegelbild der herrschenden Ansicht zu erblicken. Denn diese hat in ihrem Bestreben, den Verletzungsbegriff, ihrer Auffassung vom Verbrechen entsprechend, möglichst auszudehnen, aus der Gefährdung nachgerade ein ganz unfassbares zwischen Verletzung und Nichtverletzung hin und her schwankendes Etwas gemacht.

Als gefährlich kann Derjenige ein Ereigniss prädiciren, welcher fürchtet, dasselbe werde eine ihm unerwünschte Veränderung der Wirklichkeit herbeiführen. Die Existenz einer Gefahr bemisst sich lediglich nach der Subjektivität Dessen, der sie annimmt. Damit Mehrere ein und dasselbe Ereigniss als gefährlich bezeichnen, ist

---

[62]) Vgl. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. II, S. 95.

also nöthig, dass sie es sich übereinstimmend als Ursache ein und derselben Wirkung denken. Legt Jemand auf den X ein Gewehr an, so wird A, weil er sich denkt, das Gewehr werde abgedrückt werden und der Schuss treffen, rücksichtlich des X behaupten, derselbe schwebe in einer Gefahr. B hingegen, welcher denkt, das Gewehr sei gar nicht geladen, und X könne daher auch nicht verletzt werden, wird von keiner Gefahr sprechen. — Ob unsere Furcht objektiv gerechtfertigt war oder nicht, entscheidet durchaus nicht über die Annahme einer Gefahr. Halten wir doch häufig nicht nur wirkliche, aber als solche nicht erkannte Ursachen unerwünschter Erfolge für ungefährlich, sondern bezeichnen zugleich neben Ereignissen, die wirklich diese Ursachenqualität besitzen, auch solche als gefährlich, denen wir fälschlich diese Eigenschaft zuschreiben.

Entscheidet denn aber in der That über das Vorhandensein der Gefahr, von der wir trotz Ausbleibens des gefürchteten Erfolges zu sprechen nicht ablassen, lediglich unser subjektives Meinen und Dafürhalten? Und kann mit Recht Jeder auf Grund seiner Vorstellungen eine Gefahr annehmen, ohne dass man ihm einwenden dürfte, er habe sie nur grundlos statuirt? Diese Fragen wären zu verneinen, sobald in dem Falle, wo trotz angenommener Gefahr die Verletzung ausbleibt, die Existenz irgend welcher objektiven Voraussetzungen dieser Verletzung nachweisbar wäre. Hiervon kann aber keine Rede sein. Für eine ausgebliebene Verletzung giebt es ebenso wenig objektive Voraussetzungen, wie für diejenige, deren Eintritt Jemand von vorn herein für unmöglich hält. Entweder trägt nemlich die Wirklichkeit den zureichenden Grund für eine Verletzung in sich, oder derselbe mangelt: ein Drittes giebt es nicht. Differenzirt man die Gesammtheit der Fälle, in denen es an einem zureichenden Grunde für den Eintritt einer Verletzung fehlt, danach, ob diese von Jemand für bevorstehend gehalten wird oder nicht, so führt dies zu keinem objektiven Unterschiede, sondern als Unterscheidungsmerkmal erscheint dann blos das der gleichen objektiven Sachlage gegenüber beliebte subjektiv verschiedene Verhalten. Wer dies verkennt und, wo eine von ihm gefürchtete Verletzung ausbleibt, der angenommenen Gefahr einen objektiven Charakter zuschreibt, begeht daher den Fehler, blos

Gedachtes für etwas ausserhalb seiner Gedanken Liegendes zu halten. Der Gefahrsbegriff verdankt der Unvollkommenheit unsers Erkenntnissvermögens sein Entstehen. Würden wir ausgerüstet mit einer die objektive Wirklichkeit völlig durchdringenden Intelligenz an die Betrachtung dieser Wirklichkeit herantreten, so würde für die Gefahr kein Raum bleiben. Im Bewusstsein, dass ein Erfolg nicht eintreten kann, wo es an einer Ursache für ihn mangelt, würden uns einerseits Nichtursachen nicht länger in zweifelnde Furcht versetzen. Andrerseits würden wir aber schon vor dem Eintritt der unliebsamen Verletzung jede ihrer Ursachen als solche erkannt haben und somit bereits in der Gegenwart die unerwünschte Bürgschaft für den nach dem Nothwendigkeitsgesetz unvermeidlichen Verlust finden. Ist aber die Gefahr ein Kind unserer Unwissenheit, so kann unser mit der Wirklichkeit in Widerstreit tretender Glaube den Dingen der objektiven Welt weder Etwas zusetzen, noch ihnen Etwas nehmen. Vielmehr vollziehen sich die Ereignisse unabhängig von unsern reinen Vorstellungen nach dem objektiven Gesetze der Kausalität. — Stürzt ein Kind aus einem mehrere Stock hoch belegenen Fenster heraus und bleibt, etwa weil es auf einen grade vorüberfahrenden Heuwagen fällt, gänzlich unverletzt, so ist sein Tod nach dem Gesetze der Kausalität grade so unmöglich, wie er da stattfinden konnte, wo das Kind im Zimmer hinfiel und unbeschädigt wieder aufstand. Die Thatsache, dass es unversehrt bleibt, lehrt uns, dass es dort ebenso wie hier an einem zureichenden Grunde für seine Verletzung fehlt. Nun wird sich aber Niemand bedenken, von einer hochgradigen Gefahr für das Leben des Kindes zu reden, sobald er dasselbe aus dem Fenster stürzen sieht, und ebenso wenig wird Jemand darauf hin, dass das Kind in dem einen Falle unversehrt geblieben ist, eine Wiederholung des Experiments wagen mögen. Dieselbe unterbleibt jedoch sicher nicht deshalb, weil etwa im Falle des unschädlich verlaufenden Sturzes die Verletzung eine objektiv mögliche gewesen wäre — denn was nicht existent wurde, konnte auch unmöglich eintreten; sondern sie unterbleibt lediglich, weil Niemand glauben wird, die Wirklichkeit biete noch einmal jene ganz bestimmte Kombination von glücklichen Umständen dar, denen das Kind seine Unversehrtheit zu danken hatte. Würde sich hierfür irgend welche Gewähr

bieten, so könnte das Experiment auch mit grösster Seelenruhe wiederholt werden.

Die Annahme einer Gefahr schliesst die Ungewissheit, ob ein bestimmtes Ereigniss eintreten werde, in sich. Fahren wir also, wo uns das Ausbleiben des gefürchteten Ereignisses bekannt wurde gleichwohl noch fort, das Geschehene als gefährlich zu bezeichnen, so ist dies nur zulässig, wenn nicht vergessen wird, dass wir uns damit unter Abstraktion von der — jetzt bekannten — Wirklichkeit in die Zeit zurückversetzen, zu welcher wir die Unmöglichkeit des Erfolgseintritts noch nicht einsahen. Grade weil wir aber solchenfalls nur durch Abstraktion zu einer Gefahr gelangen, giebt es denn neben einer abstrakten Gefahr nicht auch noch eine konkrete. So wenig durch die allgemeine, sich auf keinen bestimmten Einzelfall beziehende Aussage, es sei gefährlich, dass Kinder aus dem Fenster fallen, eine objektive Voraussetzung für eine Verletzung geschaffen wird, so wenig geschieht dies auch dadurch, dass ich das konkrete, wie mir bekannt, unschädlich verlaufende Ereigniss trotz seines glücklichen Ausganges ein gefährliches nenne. Beide Male schlägt ganz gleichmässig nur meine Vorstellung eine Brücke zwischen dem gefährdenden Ereigniss und der Verletzung.

Demnach muss ich mich schon jetzt gegen die Bindingsche Kausalitätstheorie erklären. Dieselbe findet in der Verursachung einer Veränderung eine Veränderung des Gleichgewichts zwischen den sie abhaltenden und den zu ihr hinwirkenden Bedingungen zu Gunsten der letzteren. Die Gefahr, dass eine Veränderung eintreten werde, liegt nach Bindings Behauptung in dem Gleichgewicht jener beiden Bedingungsmassen.[63]) Eine Gefährdung sei eine Verstärkung der zum Erfolg hinwirkenden Bedingungen in der Weise, dass wir ein Hinauswachsen derselben über das Gleichgewicht mit den abhaltenden Bedingungen fürchten müssten. Schon hier lässt sich der wunde Punkt dieser ganzen Theorie erkennen, welche von einer systematischen Verwechslung rein subjektiver Momente mit objektiven ausgeht. So wie für einen Erfolg, welcher nicht eintritt, keine Ursachen existiren, so bestehen für denselben auch keine Bedingungen. Bedingungen und Ursachen sind eins.

---

[63]) Vgl. Normen I, S. 42 ff.

Dies muss trotz der Opposition **Bindings**, v. **Bars** und Anderer festgehalten werden. Denn alle Schriftsteller, die einen Unterschied zwischen Ursachen und Bedingungen statuiren, benutzen denselben nur: theils, um damit den wirklich vorhandenen kausalen Charakter von Ereignissen in Abrede zu stellen, theils aber auch, um von einem objektiven quasikausalen Verhältniss zwischen einem wirklich gewordenen und einem blos gedachten Ereigniss sprechen zu können.[64]) Letzteres kommt z. B. hier ganz deutlich zum Vorschein. Wo wir, wenn das gefürchtete Ereigniss nicht eintritt, von einer Gefahr sprechen, stecken alle Bedingungen dieses Ereignisses lediglich in unserm Kopfe, die wir den Erfolg für bevorstehend halten. Schon aus diesem Grunde können in der Gefahr die abhaltenden Bedingungen zu den hinwirkenden nicht in einem Gleichgewicht stehen. Dieses Gleichgewicht, von dem ich weiter unten (§ 17) nachweisen werde, dass es auf eine ganz undenkbare Voraussetzung gegründet ist, wird bei **Binding** eben nur durch die Vorstellung erzeugt. Die Schwierigkeiten, mit denen man **Binding** zufolge im konkreten Falle zu kämpfen hat, um die Gefahr von der Nichtgefahr abzugrenzen, beruhen denn auch sicher nicht darauf, dass die Unsichtbarkeit und Unmessbarkeit der zahllosen vorhandenen Bedingungen eine präcise Konstatirung des Gleichgewichts zwischen beiden einander feindlich gegenüberstehenden Bedingungsmassen vereitle. Nein, entschieden ist es nicht die Feinheit der Grenze, welche den Uebergang von der Gefahr in die Nichtgefahr für unser schwaches Auge unerkennbar macht; sondern wir stehen allen auf die Gewinnung eines Principes abzielenden Versuchen nur deshalb so rathlos gegenüber, weil der Gefahr lediglich ein subjektives Moment zu Grunde liegt. Wo wäre denn auch der Fall, in dem nicht sofort, sobald sich nur Vorstellung und objektive Wirklichkeit in Uebereinstimmung befinden, alle diese zum gar nicht eingetretenen Erfolg hinwirkenden Bedingungen verschwänden? Lässt ein Taschenspieler ein Gewehr auf sich abschiessen, nachdem die vor den Augen des Publikums in den Lauf hineinprakticirte Kugel unbemerkt wieder entfernt ist, so wird man gewiss nicht sagen können, für den Tod des Taschenspielers seien hier irgend welche Be-

---

[64]) Vgl. hierüber namentlich die §§ 15 und 17, wo die **Binding**sche Kausalitätstheorie eine eingehendere Würdigung finden wird.

dingungen vorhanden. Ganz ebensowenig trägt aber die Objektivität eine Bedingung für den Tod Desjenigen in sich, an dem der vom Räuber auf ihn abgefeuerte Schuss vorbeigeht. Nehmen wir dort keine Erfolgsbedingungen als vorhanden an, weil wir, konform mit der objektiven Sachlage, von dem harmlosen Verlauf des Kunststücks überzeugt sind, so darf uns hier die blosse Vorstellung eines tödtlichen Verlaufes nicht zur Annahme irgend welcher Bedingungen für den Tod verleiten. Die Stellung, welche der Angegriffene einnahm, sowie die Haltung, die der Räuber dem Gewehr gab, als er schoss, sie konnten nach dem Ursachengesetz nicht anders sein, als sie gewesen sind; sie haben es aber nach physikalischen Gesetzen nothwendig gemacht, dass die Kugel einige Zoll vom Kopfe des Angegriffenen entfernt vorbeifliegen musste. Würden wir hier nur gleich von vorne herein dieselbe der Wirklichkeit entsprechende Vorstellung gehabt haben, die uns in jenem andern Falle innewohnte, so würden wir auch hier nie den Keim für gar nicht existent werdende Veränderungen zu erblicken glauben. Mit demselben Rechte, mit dem wir annehmen würden, für den Tod des vom Räuber Angegriffenen seien objektive Bedingungen vorhanden gewesen, mit demselben Rechte könnte auch der einfältige Bauernjunge, der zum ersten Male einen Taschenspieler sieht und fest übezeugt ist, derselbe werde im nächsten Augenblicke todt am Boden liegen, auf Grund s e i n e r Vorstellungen das Vorhandensein von Bedingungen für den Tod des Taschenspielers behaupten. — Würde man etwa sagen wollen, eine Gefahr sei vorhanden, wo ein mit einem Durchschnittsmass von Intelligenz ausgerüsteter Mensch den Erfolgseintritt fürchte, so wäre damit nur bewiesen, dass in gewissen Fällen Jedermann in gleicher Unkenntniss der objektiven Wirklichkeit befangen ist; dies würde aber doch die Gefahr nicht zu einem objektiven Begriff stempeln.

Bildet, wo wir im Rechte von einer Gefahr sprechen, die Verletzung unserer geschützten Interessen das unliebsame Ereigniss, dessen Eintritt gefürchtet wird, so hat man des subjektiven Ursprungs der Gefahr halber auch zuzugeben, dass die Rechtsgefahr unsere Rechtssphäre genau so wenig berührt, wie diese da in Mitleidenschaft gezogen ist, wo keine Gefahr angenommen wird. Eine in der Gefährdung enthaltene partielle Verletzung wird denn

auch nicht etwa dadurch nachgewiesen, dass, wo Jemand in seinen Interessen geschädigt zu werden fürchtet, die psychologische Thatsache der Furcht, unabhängig von dem Eintritt der gefürchteten Verletzung, im Einzelfalle seinen Rechtsfrieden zu stören und ihn um den ruhigen Genuss des ihm Zukommenden zu bringen im Stande ist. Dies weist der Gefahr noch keine Mittelstellung zwischen Verletzung und Integrität an. Denn wo unsere Interessen so durch das Medium der Furcht verletzt werden, besteht nicht nur kein objektives Verhältniss zwischen dem als gefährlich prädicirten Ereigniss und dem gefürchteten, aber ausgebliebenen, sondern solches Erzeugniss der Furcht erscheint auch niemals als ein Bestandtheil oder Bruchstück dieses letztern. Hat uns Jemand dadurch verletzt, dass er eine unsere Rechtssphäre schädigende Furcht in uns erweckte, so hat er auch, da die Verletzung des Rechtsschutzobjektes in jeder Quantität verboten ist, bei schuldhaftem Handeln eine Verletzungsnorm übertreten. Eine Gefährdungsnorm ist schon deshalb nicht von ihm übertreten, weil dieselbe überhaupt nicht existirt. Denn ein Verbot, das Rechtsschutzobjekt zu gefährden, würde vor Allem voraussetzen, dass es einen objektiven Zustand der Gefahr, mithin also auch Handlungen gäbe, durch welche das Rechtsschutzobjekt, ohne verletzt zu werden, doch zugleich um denjenigen Zustand der Integrität gebracht zu werden vermöchte, der zugegebener Massen bei Uebertretung blosser Ungehorsamsnormen aufrecht erhalten bleibt. Ist dies aber ganz undenkbar, so würde eine Norm, welche eine Gefahr herbeizuführen verböte, Etwas verbieten, was auch der böswilligste Normenverächter mit bestem Willen gar nicht zu bewirken vermöchte. Von allen verbotenen Nichtverletzungen insgesammt muss man daher sagen, sie seien nur aus dem einheitlichen Grunde verboten, weil der Gesetzgeber fürchtet, dass sie sich im konkreten Falle als Verletzungsursachen erweisen werden. Da aber jede unter solches Verbot fallende Handlung im konkreten Falle die gefürchtete Ursachenqualität entweder besitzen oder ihrer ermangeln muss, so stellt man sich, sobald man diese Handlungen als gefährliche bezeichnet, damit völlig auf den abstrakten Standpunkt des Gesetzgebers, der sie ohne jede Rücksicht auf den Verlauf, den sie im Einzelfalle nehmen, unterschiedslos verbietet. Das Urtheil, welches das Schiessen auf

offener Strasse eine für Menschenleben gefährliche Handlung nennt, sieht von einem bestimmten konkreten Falle ab und unterwirft, indem es sich völlig in der abstrakten Sphäre bewegt, sowohl alle schädlich wie unschädlich verlaufenden Fälle einem einheitlichen Gesichtspunkt. Beruht nun jede Gefahr, wie wir sahen, auf einer Abstraktion, so führt es auch mit Rücksicht auf den gegen unsere Interessen gerichteten Angriff zu gar keinem objektiven Unterschiede, ob man die einzelne konkrete nicht verletzend wirkende Handlung ins Auge fasst und sie als gefährlich oder ungefährlich bezeichnet. Wo Jemand, der auf offener Strasse schiesst, hart an dem vorübergehenden X vorbeischiesst, ist menschliches Leben grade so sicher vor Verletzung, wie da, wo der Schuss auf völlig menschenleerer Strasse abgefeuert ward.

Vermag der Gesetzgeber daher auch jedes Verbot einer nicht verletzend wirkenden Handlung durch die ihm innewohnende Besorgniss zu rechtfertigen, so erscheint es hingegen schlechterdings unzulässig, die Gefahr der Verletzung des Rechtsschutzobjektes zum Merkmale eines Verbrechensthatbestandes zu erheben. Leider verfällt unser positives Recht wiederholt in diesen Fehler. Der Gesetzgeber will z. B. Körperverletzungen, begangen „mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung“ (art. 223.a.), von andern Körperverletzungen unterschieden wissen. Die art. art. 315 und 316 gehen davon aus, dass es gewisse Handlungen giebt, durch welche, ohne dass sie irgend wie verletzen, für den Transport auf einer Eisenbahn eine objektive Gefahr entsteht. Ja, nach art. 322 hängt das Dasein eines bis zu 10 Jahren Zuchthaus zu bestrafenden Verbrechens sogar davon ab, dass es dem Richter gelingt, thatsächlich festzustellen, ob ein zur Nachtzeit auf der Strandhöhe angezündetes Feuer „die Schifffahrt zu gefährden geeignet ist“. Betrachten wir einen dieser Verbrechensthatbestände näher. Wenn art. 312 mit Zuchthaus nicht unter 3 Jahren Denjenigen straft, der mit gemeiner Gefahr für Menschenleben vorsätzlich eine Ueberschwemmung herbeiführt, so verbietet der Gesetzestext zunächst die Annahme, als ob der Gesetzgeber in Würdigung des Umstandes, dass durch Ueberschwemmungen häufig eine Mehrheit von Menschenleben zu Grunde geht, dieserhalb jede Herbeiführung einer Ueberschwemmung zum Schutze von Menschenleben bei Strafe verboten habe. Hier ist

also nicht etwa das den Gesetzgeber zur Bildung einer Verbrechensfigur leitende Motiv zum Thatbestandsmerkmal erhoben; denn alsdann wäre die specielle Hervorhebung der gemeinen Gefahr höchst überflüssig und verwirrend. Ebensowenig erfordert dieser Verbrechensthatbestand etwa, dass die Ueberschwemmung bei einer Mehrheit von Menschen die ihren Rechtsfrieden störende Furcht erzeugt habe, sie würden ums Leben kommen. Und endlich genügt weder die Annahme des Thäters, eine Mehrheit von Personen werde in Folge seiner Handlung den Tod finden, noch auch seine Meinung, dass sein Thun in ihnen die Furcht erwecken werde, sie könnten das Leben verlieren. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann alles Dies vorhanden sein, ohne dass das Verbrechen des art. 312 vorliegt, und alles Dies kann fehlen, dennoch aber das Verbrechen da sein. Hier ist vielmehr allen Ernstes angenommen, die Gesammtzahl aller derjenigen Ueberschwemmungen, durch welche kein Menschenleben vernichtet wird, enthielte neben für Menschenleben ungefährlichen zugleich auch solche Ueberschwemmungen, welche einen objektiven Zustand der Gefahr für eine Mehrheit von Menschenleben in sich trügen. Der Gesetzgeber hält also dafür, dass einer solchen Ueberschwemmung, unabhängig von der Vorstellung Desjenigen, der sie sich im Widerspruch zur Wirklichkeit als Todesursache denkt, das Prädikat einer gefährlichen zukommen könne. Da dies aber schlechtweg unmöglich ist, so handelt es sich um ein Verbrechensrequisit, welches sich in der Wirklichkeit nie betreffen lässt. Bildet die Gefahr nur das Erzeugniss menschlicher Furcht, giebt aber der Gesetzgeber keine Anweisung darüber, wessen Furcht hier denn massgebend sein soll, so scheint der Richter darauf angewiesen zu sein, seine subjektiven Vorstellungen in die seiner Beurtheilung unterliegenden Thatmomente einzumischen. Alsdann könnte er aber zur thatsächlichen Feststellung, dass Menschenleben gefährdet seien, nur durch eine Zurückversetzung in die Vergangenheit gelangen. Unter Abstraktion von der Thatsache, dass Niemand ums Leben gekommen ist, hätte er sich also die Frage vorzulegen, ob er zu irgend einem Zeitpunkte der Ueberschwemmung tödtliche Wirkungen zugeschrieben haben würde. Je gewissenhafter er hierbei verfährt, um so deutlicher werden sich ihm beim Eindringen in die Einzelheiten des konkreten Falles

zugleich die Gründe offenbaren, aus denen nach dem Nothwendigkeitsgesetz Niemand ums Leben kommen konnte. Erkennt er auch vielleicht selbst diese Gründe nie in ihrer Vollständigkeit, und vermag ihm z. B. Niemand in der Welt nachträglich durch ein Rechenexempel zu belegen, weshalb die Gewässer nach Naturgesetzen unmöglich jenen Hügel überfluthen konnten, auf dem in einigen Hütten eine Anzahl von Menschen schlief, so muss er doch selbst dann zugestehen, dass die Gefahr nur seinem subjektiven Unvermögen entspringt, die Objektivität völlig zu begreifen. Wo immer er aus art. 312 verurtheilt, wird demnach aber der denkende Richter einsehen müssen, dass sein Spruch nicht das entscheidende Thatbestandsmerkmal reproducirt und aus dem Geschehenen abliest, sondern selbstständig erzeugt.

Die hier vertretene Auffassung vom Gefahrsbegriff ist, wie wir sehen werden, nicht nur für die im folgenden § ins Auge zu fassende Erörterung über die objektive Bedeutung der Versuchshandlung präjudiciell, sondern sie wird uns zugleich davor bewahren, dass wir uns in der Frage, ob der Begriff des rechtswidrigen Willens vom Vorstellungsmomente unabhängig ist, einem weitverbreiteten, jedoch falschen Lösungsversuche anschliessen. (Vgl. hierüber die Note 132.) Endlich möchte sich aber schon jetzt rechtfertigen, dass im § 5 auf jeden weitern Versuch verzichtet ist, den materiellen Inhalt des Verbrechens näher zu bestimmen, nachdem einmal von ihm ausgesagt wurde, es sei ein Thatbestand, dessen Straflosigkeit nach Ansicht des Gesetzgebers für unsere Interessen gefährlich sei.

§ 8.

Die objektive Bedeutung der Versuchshandlung.

Wer, weil er von der Strafe im absoluten Sinne ausgeht, von jedem unter Strafe gestellten Thatbestande nachzuweisen hat, dass derselbe eine Verletzung in sich schliesse, für den liegt es nahe, von der strafbaren Versuchshandlung zu behaupten, zwischen ihr und dem zur Vollendung erforderlichen Erfolge bestände ein bestimmtes objektives Verhältniss. Durch die objektiven Versuchstheorien pflegt dieser Gedanke in mannigfaltigster Weise seinen Ausdruck zu erhalten. Zum Unterschied vom straflosen Versuche wird der strafbare als ein theilweis verwirklichtes Verbrechen bezeichnet; er stelle, so behauptet man, einen Anfang der Ausführung des Verbrechens dar, oder man erblickt in ihm eine theilweis verwirklichte verbrecherische Absicht; vor allen Dingen sagt man aber von der strafbaren Versuchshandlung, dass sie das Rechtsschutzobjekt gefährde. Durch diese und ähnliche Wendungen bemüht man sich, dem objektiven Thatbestande des strafbaren Versuchs irgend einen rechtlich relevanten Werth zuzusprechen, um so einen Gegenstand zu gewinnen, dem gegenüber die Strafe den ihr von den absoluten Theorien zugeschriebenen Zweck erfüllen kann.

Dagegen behaupten nun die subjektiven Theorien den objektiven Unwerth des Geschehenen rücksichtlich eines jeden Verbrechensversuches; sie leugnen auch vom strafbaren Versuche, dass er die zum vollendeten Verbrechen erforderliche Verletzung nur zum Theil darstelle, gehen vielmehr davon aus, dass er als einziges rechtlich relevantes Moment nur den rechtswidrigen Willen des Thäters darbiete. Dies subjektive Moment findet sich aber auch

gleichmässig in jedem straflosen Versuche vor. Wer daher den subjektiven Theorien zustimmt und demnach jedenfalls für das Gebiet des strafbaren Versuchs den Gedanken der absoluten Strafrechtstheorien fallen lassen muss, sieht sich, sobald er nicht etwa jeden Verbechensversuch für strafbar erklären will, genöthigt, den strafbaren vom straflosen Versuche auf Grund von Kriterien zu sondern, welche nur durch kriminalpolitische Erwägungen an die Hand gegeben sein können. Ob und wie solche Aufgabe zu lösen ist[65]), interessirt uns hier nicht, da wir den Gehalt des Versuchsthatbestandes lediglich vom Unrechtsstandpunkte aus ins Auge fassen wollen, hierbei aber der Frage, wann der Strafschutz einzutreten habe, kein Einfluss eingeräumt werden darf.

Diesem Widerstreit der Meinungen gegenüber geht nun meine eigene Ansicht dahin, dass die subjektiven Theorien zwar völlig im Rechte sind, wenn sie zwischen der strafbaren Versuchshandlung und dem zur Vollendung erforderlichen Erfolge kein objektives Verhältniss zu erblicken vermögen, dass ihnen dagegen nicht beizupflichten ist in der Behauptung, die objektive Seite aller Versuchsthatbestände stelle ausnahmslos ein rechtlich irrelevantes Ereigniss dar. Vielmehr wird sich bald zeigen, dass Verbrechens-

---

[65]) Dass die subjektiven Theorien bisher dieser Aufgabe gerecht geworden seien und wirklich feste, den strafbaren vom straflosen Versuche scheidende Linien gezogen hätten, lässt sich nicht behaupten. Dies zeigt z. B. die Meinung desjenigen ihrer Anhänger, der m. E. die gangbarsten objektiven Theorien am Schlagendsten widerlegt hat. Es verlangt nemlich v. Buri (vgl. z. B. Gerichtssaal Bd. XIX, S. 62), dass der Wille, wenn von einem strafbaren Versuche geredet werden solle, aus dem Innern des Handelnden heraustretend, sich dem Strafgesetz entgegengestellt und sich in der Aussenwelt Andern erkennbar objektivirt habe. Die Richtung des Willens nach der Vollendung müsse aus der bereits gegebenen Objektivität zu entnehmen sein, und ein seinem Dasein nach nur aus einem Geständniss erkennbarer Wille sei nicht genügend. Damit wird aber augenscheinlich, wie schon Schwarze hervorhob (vgl. Holtzendorff, Handb. d. deutsch. Strafr. Bd. II, S. 292), die Beweisfrage mit der Thatbestandsfrage verwechselt. Auf diese Weise wird der strafbare Versuch vom straflosen gar nicht auf Grund einer sich aus dem Versuchsthatbestande selbst ergebenden Verschiedenheit, sondern durch ein ausserhalb liegendes Moment, nemlich dadurch abgegrenzt, ob der Beurtheiler den rechtswidrigen Willen erkennt oder nicht. Da es Niemandem einfallen wird, einen Versuch zu strafen, dessen Vorhandensein er nicht erkennt, so hätte sich v. Buri ebensowohl darauf beschränken können, jeden Versuch für strafbar zu erklären.

versuche allerdings eine Verletzung und solchenfalls auch die Gesammtheit der zum Unrecht erforderlichen Requisite in sich zu schliessen vermögen. Ob aber der Versuch grade nur, wenn dies der Fall ist, nach positivem Rechte strafbar erscheint, ist freilich eine andere Frage.

Alle mir bekannten objektiven Theorien lassen, indem sie den strafbaren vom straflosen Versuche abgrenzen, ausser Acht, dass ein wirkliches Ereigniss (die Versuchshandlung) zu einem blos gedachten (dem ausgebliebenen Erfolge) weder in einem ursächlichen, noch überhaupt in irgend welchem objektiven Verhältniss stehen kann. Die strafbare Versuchshandlung als gefährliche bezeichnen, heisst Nichts weiter, als von ihr fürchten, durch sie werde sich die auf den Erfolg gerichtete Absicht des Handelnden realisiren. Damit erhält aber die Versuchshandlung keine objektive Bedeutung für den Erfolg.

Wenn man von einem Versuche mit tauglichen und untauglichen, bezw. absolut und relativ untauglichen Mitteln spricht, begeht man in der Lehre vom Versuch ganz dieselbe fehlerhafte Vermischung des konkreten Standpunktes mit dem abstrakten, welche bei dem Begriff der Gefahr die Verkennung seines rein subjektiven Ursprungs zu Wege bringt. Da der beabsichtigte Erfolg nicht eintrat und was nicht wirklich wurde, auch nicht wirklich werden konnte, so beweist jeder Versuch, dass sich der Handelnde eines untauglichen Mittels bediente. Ein trotz der ausgebliebenen Vollendung taugliches Mittel erhält man nur dadurch, dass man von der der konkreten Versuchshandlung mangelnden Kausalität absieht, das gewählte Mittel ausserhalb des wirklichen Zusammenhangs betrachtet, in dem es nun einmal thatsächlich angewendet worden ist, und sich eine Kombination von Umständen denkt, unter welchen es den beabsichtigten Erfolg hervorgebracht haben würde. Wo dieser Gedankenprocess nicht stattfindet und man sich darauf beschränkt, nur thatsächlich Vorhandenes zu betrachten, erkennt man ein untaugliches Mittel an. Ob man im konkreten Falle einen Versuch mit tauglichen oder untauglichen Mitteln anzunehmen hat, dafür giebt es also auch keinen objektiven Massstab, vielmehr hängt dies lediglich von dem subjektiven Verhalten des Betrachters ab. Drückt A animo occidendi ein geladenes Gewehr auf B ab,

fehlt ihn aber, so ist dies ein Versuch mit tauglichen Mitteln, insoweit ich mir eine Kombination von Umständen denke, unter denen der Schuss getroffen hätte. Einen Versuch mit untauglichen Mitteln stellt dieser Fall aber dar, sobald ich dem wirklichen Sachverhalte keinen gedachten substituire, sondern lediglich ins Auge fasse, dass B nach den thatsächlich von A angewandten Mitteln, also weil Letzterer etwa das Gewehr zu hoch hielt, im konkreten Falle gar nicht getroffen werden konnte. Und ebenso hat, wer ein ungeladenes Gewehr auf seinen Gegner abdrückt, um ihn zu tödten, ein untaugliches oder taugliches Mittel angewendet, je nachdem ich nur die vorliegende Wirklichkeit betrachte oder mir denke, dass, falls eine Kugel im Gewehrlauf gesteckt hätte, der Gegner auch hätte getroffen werden können.[66])

So wenig der Begriff der Unmöglichkeit einer Steigerung fähig ist, so wenig kann eine Handlung untauglicher sein, als die andere. Deshalb rechtfertigen auch die stehenden Beispiele, dass Jemand einen Andern mit Zucker vergiften oder ihn mit abergläubischen Mitteln tödten zu können glaube, die Unterscheidung in absolut und relativ untaugliche Mittel durchaus nicht. Denn auch wo ein absolut untaugliches Mittel angenommen wird, lässt sich bei entsprechender Abstraktion von der Wirklichkeit stets ein Zusammenhang denken, in welchem die betreffende Handlung dem beabsichtigten Erfolge gegenüber kausal erscheint.[67])

---

[66]) Die Literatur weist die verschiedenartigsten Wendungen auf, deren man sich bedient, um eine Scheidung der tauglichen von der untauglichen Versuchshandlung auf objektiver Basis zu gewinnen. So sagt z. B. Geyer (Gerichtssaal Bd. XVIII. S. 78), indem er rechtfertigen will, dass man beim Ausbleiben des Erfolgs von einem tauglichen Mittel rede, eine erfolgschwangere Thätigkeit brauche doch nicht eine erfolgreiche zu sein. Dabei übersieht er aber, dass sich beim Versuch die erfolgschwangere, den Erfolg aber gleichwohl nicht herbeiführende Thätigkeit von der nicht erfolgschwangeren durch nichts Anderes unterscheidet, als dass dort, nicht aber hier ein Subjekt in seinen Gedanken der Handlung eine objektive Bedeutung beilegt, die ihr in dem einen Falle genau so wenig zukommt, wie in dem andern.

[67]) Vgl. hierüber meine Schrift: „Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln", S. 38, woselbst ich ausführte, dass man in dem von Feuerbach angeführten Beispiele des Bauern, der seinen Feind todtbeten wollte, nur zu unterstellen brauche, dieser Letztere sei ein krankhaft erregter, in gleichem Aberglauben befangener Mensch, der durch die Gemüthsbewegung stürbe, in

Zu keinem haltbareren Resultate gelangen die sog. subjektiv-objektiven Theorien, welche mit in Rechnung ziehen wollen, auf welchem Wege sich der Thäter seine Handlung als zum Ziele führend dachte. Denn wenn z. B. Hälschner[68]) verlangt, dass der strafrechtlich relevante Versuchsthatbestand neben dem subjektiven Momente der Absicht auch ein objektives, nemlich das ihrer, wenn auch unvollständigen, Verwirklichung aufweise, so lehrt ein Blick auf seine Theorie, dass er weit davon entfernt ist, der von ihm selbst aufgestellten Forderung gerecht zu werden. Nach Hälschner setzt der Versuchsthatbestand eine vorsätzliche Thätigkeit voraus, welche erfahrungsmässig mit dem beabsichtigten Erfolge in wirklich ursächlichem Zusammenhang stehe, im gegebenen Falle aber nicht zur Vollendung führe, weil ein vom Handelnden bei Gestaltung seines Vorsatzes gar nicht oder in irriger Weise in Anschlag gebrachtes Moment eine den vorausgesetzten Kausalnexus auflösende Wirksamkeit ausübe. Hingegen sei trotz der verbrecherischen Absicht ein Versuch nicht vorhanden, wenn die That ohne irgend ein Hemmniss ganz dem Vorsatz entsprechend sich entwickele und gestalte, der Erfolg aber darum nicht eintrete, weil in Wirklichkeit zwischen der vorgesetzten Thätigkeit und dem beabsichtigten Erfolge überhaupt kein ursächlicher Zusammenhang Statt finde; mit andern Worten: wenn der Irrthum des Handelnden sich nicht auf das einen wirklichen Kausalnexus auflösende Moment, sondern auf die Annahme eines nicht Statt findenden Kausalnexus beziehe. Letzteres sei der Fall, wenn Jemand einem Andern in dem Glauben, man könne einen Menschen mit Zucker vergiften, Zucker beibringe; Ersteres hingegen, wenn er dem Andern Zucker reiche in dem

---

welche ihn die Kenntniss der Absicht des Betenden versetze. Ebenso wirkt der Zucker tödtlich, sobald man annimmt, dass er in die Luftröhre des ihn Geniessenden gerathe und so den Erstickungstod desselben herbeiführe. — Wenn ich dagegen im § 12 meiner genannten Schrift die untauglichen von den tauglichen Versuchshandlungen dadurch abzugrenzen unternahm, dass ich sagte, es sei darauf zu sehen, ob die Handlung gleich von Vorne herein untauglich gewesen, oder ob die Untauglichkeit erst in einem Stadium der Ausführungshandlung aufgetreten sei, so muss ich diese Ansicht, bei deren Begründung ich noch von einer unhaltbaren Auffassung des Möglichkeitsbegriffs ausging, jetzt den Ausführungen des Textes entsprechend für eine durchaus verfehlte erklären.

[68]) System, Thl. II, S. 189.

Glauben, es sei Arsenik. — Nun verwirklicht aber der Thäter seine Absicht in jedem dieser beiden Fälle gleich wenig. Mit der Thätigkeit, „welche erfahrungsmässig mit dem beabsichtigten Erfolge in wirklich ursächlichem Zusammenhange steht", ist durchaus nicht, wie Hälschner augenscheinlich annimmt, irgend welches objektive Moment gegeben. Vielmehr entsteht diese Aussage nur durch Abstraktion vom konkreten Falle; bei ihr denkt man an Fälle, in denen die Darreichung von Arsenik eine tödtliche Wirkung nach sich zieht. Erzeugt dieser Gedankenprocess aber kein objektives Verhältniss zwischen der Handlung des mit einer zu geringen Dosis Arsenik operirenden Thäters und dem ausbleibenden Erfolge, so steht dann auch ebensowenig die Handlung Desjenigen, der Zucker für Arsenik hält, in irgend welcher objektiven Beziehung zum Erfolge. Hier liegt gar kein wirklicher Kausalnexus und folglich auch keine Auflösung desselben vor — ganz abgesehen davon, dass man sich überhaupt nicht denken kann, wie ein wirklich vorhandener Kausalnexus aufgelöst zu werden vermöchte. Der Thäter hält hier vielmehr ebenso irrthümlich, wie Derjenige, der dem Zucker tödtliche Wirkungen zuschreibt, seine Handlung für eine Erfolgsursache. Divergiren auch die Vorstellungen beider Thäter von einander, so ist dies völlig bedeutungslos, weil aus diesem rein subjektiven Unterschiede niemals eine objektive Differenz hervorgehen kann. Einer der konsequentesten Anhänger der objektiven Theorien, Geyer[69]), hat denn auch gegen Walther, der dieser Hälschnerschen Theorie beipflichtete[70]), mit Recht hervorgehoben, dass diese beiden Fälle sich lediglich durch einen rein innerlichen Vorgang von einander unterscheiden. Wenn Walther da, wo der Thäter aus Verwechslung Zucker statt Arsenik ergreift, die Annahme einer theilweis verwirklichten Absicht deshalb für unbestreitbar hält, weil ja der Theil des Gesammtthatbestandes des fraglichen Delikts, welchen man unter dem Worte Handlung im eigentlichen, engern Sinne (actus, Bewegung) versteht, verwirklicht sei, so müssen wir dem gegenüber Geyer beistimmen, welcher meint, der actus, die Bewegung, sei keine Verwirklichung, sobald sie nach einer vom

---

[69]) Vgl. dessen Abh. im Gerichtssaal Bd. XVIII, S. 59.

[70]) Vgl. dessen Abh. in d. Münchner Vierteljahrschr., Bd. V, S. 26 ff.

Ziele abführenden Richtung hin Statt finde. In beiden Fällen zielt die Absicht des Thäters auf die Tödtung seines Gegners. Nimmt er aber zu dem Ende eine Armbewegung vor oder schüttet eine weissliche Substanz in ein vor ihm stehendes Glas, so kann in Hervorbringung dieser dem Willen allerdings kongruenten Ereignisse noch keine theilweise Realisirung der Absicht zu tödten gefunden werden. Der strafbare Versuch soll ja auch nach den objektiven Theorien eine rechtlich relevante, die Strafe rechtfertigende Thatsache darstellen. Dass daher Etwas geschah, was gewollt ist, genügt noch nicht, wenn es nicht zugleich rechtlich bedeutungsvoll ist. Dies sollten die Gegner nicht vergessen. Denn dürfte man schon von einer theilweis verwirklichten verbrecherischen Absicht sprechen, sobald die bestimmte Armbewegung dem Willen des Thäters entsprach, so wäre nicht einzusehen, wie es dann überhaupt irgend einen Versuch ohne solche theilweise Realisirung der Absicht geben könnte. Der Fall, in dem Jemand glaubt, man könne durch Zucker einen Menschen tödten, wäre sicher kein solcher Fall. Seltsamer Weise verfällt aber grade Geyer ganz dem gleichen Irrthum, dessen er seine Gegner zeiht; so dass diese mit voller Berechtigung ihren Angreifer mit seinen eigenen Ausführungen zu schlagen in der Lage sind. Geyer[71]) spricht nemlich von einer theilweisen Verwirklichung der verbrecherischen Absicht, wo das vom Thäter angewendete Mittel zwar quantitativ unzulänglich gewesen sei, der Verbrecher aber seine Thätigkeit mit dem Akte, der dem Strafrichter vorliege, noch gar nicht als abgeschlossen betrachte, sondern vielmehr mit derselben so lange fortfahren wollte, bis das Quantum der angewandten Mittel den Erfolg herbeigeführt hätte. So sei die Absicht theilweis verwirklicht, wenn A den B durch 20 in Zwischenräumen gegebene Dosen Arsenik von je $^1/_{10}$ Gran zu tödten beabsichtige, seine verbrecherische Thätigkeit aber, weil er entdeckt wird, schon einstellen müsse, nachdem er seinem Opfer erst 2 Dosen beigebracht habe. Dagegen soll die Absicht in keinem Theile verwirklicht sein, wenn A den B durch $^2/_{10}$ Gran Arsenik zu tödten beabsichtige und demgemäss handle. Indem Geyer nur ersternfalls, nicht aber letzternfalls die Anwendung

[71]) Vgl. Erört., S. 66 und Gerichtssaal a. a. O., S. 72 ff.

völlig zulänglicher Mittel zugiebt, zaubert auch hier augenscheinlich allein der verschiedene Gedanke des Thäters, also ein rein subjektives Moment, die angeblich objektive Differenz hervor. Interessant ist aber die Art und Weise, in der Geyer mit Aufgebot von vielem Scharfsinn diesen sich von selbst darbietenden Einwand zu widerlegen sucht. Geyer meint nemlich, wer seinem Feinde 20 Mal $^1/_{10}$ Gran Arsenik reichen wolle, habe mit der Darreichung von 2 Mal $^1/_{10}$ Gran seinen dolus theilweis verwirklicht, grade so gut, wie man bei Ersteigung von 10 Sprossen einer Leiter denjenigen Willen schon als einen theilweis verwirklichten anerkennen müsse, der nach und nach 50 Sprossen ersteigen wolle. Ebenso habe auch, wer 20 Schritte nach einer gewissen Richtung gehen wolle, diese Absicht schon z. Th. verwirklicht, wenn er bereits einige Schritte in dieser Richtung gethan habe. Diese Vergleiche sind aber doch unzutreffend und könnten mit demselben Rechte von Walther zur Vertheidigung seiner Meinung angeführt werden. Denn in keinem einzigen Versuchsfalle findet eine Bewegung gegen das in Aussicht genommene Ziel hin Statt. Von einem zwei Punkte mit einander verbindenden Fusspfade lässt sich wohl sagen, er sei theilweis zurückgelegt. Das gar nicht in rerum natura vorhandene, sondern nur gedachte Ziel kann aber nicht theilweise erreicht werden. Zu ihm führt eben, weil es blos gedacht ist, kein Weg hin. Nur die zu einem eingetretenen Erfolge mitwirkende Ursache stellt einen Theil seines zureichenden Grundes dar; ein den Erfolg nicht herbeiführendes Ereigniss bildet aber niemals einen Theil des zureichenden Grundes für solchen ausgebliebenen Erfolg. Denn ein reales Etwas kann ebensowenig einen Theil eines gar nicht vorhandenen, sondern blos gedachten Ganzen bilden, wie letzteres überall reale Theile haben kann.[72])

Wer, wie dies konsequenter Weise alle Anhänger der absoluten Strafrechtstheorien thun müssen, ein besonderes Kriminalunrecht statuirt, hat davon auszugehen, dass sich das specifische Merkmal desselben ausschliesslich in den positivrechtlichen Verbrechensthatbeständen vorfinde. Alle sich mit diesen letztern nicht deckenden Thatbestände erscheinen dann als auf der gleichen Stufe strafrecht-

---

72) Vgl. hier auch v. Buri, Gerichtssaal XIX, S. 60, 61 und 75.

licher Indifferenz stehend. Hieraus erläutert sich, dass wer mit Recht jegliches objektive Verhältniss zwischen der Versuchshandlung und der Vollendung leugnet, zugleich aber der Ansicht anhängt, es gebe ein Kriminalunrecht, dann auch dazu kommt, die objektive Seite eines jeden Versuchs, der nicht, wie beim sog. qualificirten Versuche, den Thatbestand irgend eines vollendeten Verbrechens in sich schliesst, gradezu für ein rechtlich irrelevantes Null zu erklären. Das Unberechtigte dieser Ansicht offenbart sich jedoch, sobald man die Annahme eines Kriminalunrechts verwirft. Erkennt man, dass sich strafbares und strafloses Unrecht vom Unrechtsstandpunkt aus principiell gar nicht von einander unterscheiden, so erscheint dann auch das Rechtsschutzobjekt durch die zum Thatbestande einzelner Verbrechensfiguren erforderlichen Verletzungen weder ausschliesslich, noch auch in specifisch anderer Weise angegriffen, als dies im straflosen Unrecht geschieht. Damit bietet sich aber zugleich die Wahrnehmung dar, dass es, wenn auch keinen Unrechtsversuch, so doch einen Verbrechensversuch geben kann, dessen objektive Seite einen rechtlich relevanten Werth darstellt. Dies ist bei Verbrechen möglich, zu deren Vollendung der Gesetzgeber eine nach Quantität und Qualität bestimmte Verletzung verlangt.[73]) Hier, aber auch nur hier, kann die objektive Seite des Versuches, insoweit sie eine qualitativ und quantitativ geringere Verletzung darstellt, als zum Konsummatum nöthig ist, rechtlich bedeutsam sein; und insoweit solche Verletzung dem Thäter zuzurechnen ist, kann dann auch der Verbrechensversuch sämmtliche Unrechtsmerkmale enthalten.

Wer in mörderischer Absicht auf mich anlegt, aber an mir vorbeischiesst, verletzt, insoweit ich durch die That in meinem Rechtsfrieden gestört werde, meine rechtlich geschützten Interessen. Nicht nur zu tödten und zu verwunden, ist verboten, sondern meine Rechtssphäre soll auch nicht diejenige Beeinträchtigung erfahren, welche ihr Sorge und Unruhe um die Erhaltung von Leben und Gesundheit zufügen. Richtet, wer morden will, also auch nicht

---

[73]) Wo zum Verbrechensthatbestande eine Verletzung erforderlich ist, pflegt sie der Gesetzgeber nur äusserst selten nach Quantität und Qualität zugleich unbestimmt zu lassen. Ein Beispiel dieses Vorkommnisses bietet z. B. das Verbrechen des art. 126 D. St.G.B. dar.

speciell und ausschliesslich auf solche Verletzung seine Absicht, so schliesst seine weiter gehende Absicht doch dies minus und somit auch das zur Zurechnung des geringern Erfolges erforderliche Willensmoment in sich. Aus Fällen solcher Art, in denen der Träger einer Rechtssphäre sich vor der vom Thäter beabsichtigten, aber nicht eintretenden Verletzung fürchtet und diese Furcht schädigende Wirkungen für ihn erzeugt, setzt sich die Kategorie der Verbrechensversuche mit rechtlich relevanter objektiver Seite vornemlich zusammen.[74]) Wann aber eine Versuchshandlung die Ursache solcher Verletzung ist, bemisst sich nach keiner abstrakten Regel, sondern ist nur nach Untersuchung des konkreten Falles zu beurtheilen. Liegt ein Verbrechensversuch vor, ohne dass der Bedrohte erfuhr, was gegen ihn im Werke war, so schliesst schon sein mangelndes Wissen eine so geartete Verletzung aus. Erkennt er aber die Absicht des Thäters, so entscheiden rein individuelle Anlagen, der grössere oder geringere Grad von Beherztheit, mehr oder minder klare Einsicht in die Erfolglosigkeit des geplanten Unternehmens über den Eintritt der seine Rechtssphäre treffenden Verletzung.[75]) Keinenfalls gewähren hier aber die Formeln einen Anhaltspunkt, durch die man den Unterschied zwischen tauglichen und untauglichen oder absolut und relativ untauglichen Mitteln rechtfertigen zu können wähnt. Denn würde selbst ein objektiver Unterschied durch sie begründet, so steht doch so viel fest: So wenig die Willensbeschaffenheit des Thäters die objektive Bedeutung der Handlung für den Erfolg beeinflusst, so wenig bedingt sich auch durch diese letztere die Thatsache, ob sich der Bedrohte fürchtet. Wo ohne solche dem Bedrohten gegenüber ausgeübte psychologische Einwirkung ein Versuch mit rechtlich relevanter objektiver Seite angenommen werden kann, da wird zwar zumeist ein Fall des sog. qualificirten Versuchs vorliegen; nothwendig ist dies jedoch nicht.[76])

---

[74]) Vgl. auch Geyer, Erört., S. 49, der hier dem richtigen Gedanken folgt. Nur reflektirt Geyer bei seinen fernern Ausführungen hierauf nicht weiter.

[75]) Dass der Verletzte demnach selbst zur Verletzung mitwirkt, ist, wie die Ausführungen des Abschnitts IV zeigen werden, kein Hinderniss, dem Thäter das Geschehene zuzurechnen.

[76]) So nimmt Geyer, Zeitschr. f. exakte Philos., Bd. II, S. 237 u. 38, indem er zu jedem Versuche eine angefangene Störung einer fremden Rechts-

Ob aber ein Versuch solche Eigenschaft darbietet, hängt lediglich von der durch kriminalpolitische Erwägungen an die Hand gegebenen Zeichnung ab, welche die einzelnen Verbrechensthatbestände im positiven Rechte empfangen haben. So wie derselbe Thatbestand, der heute zum vollendeten Verbrechen genügt, morgen durch Abänderung des Strafgesetzes blosser Verbrechensversuch sein kann, ebenso kann, was jetzt noch Verbrechensversuch ist, dereinst schon für das Konsummatum als ausreichend erscheinen.[77])

Nur in dem hier angegebenen Sinne lässt sich von einer rechtlichen Bedeutung der objektiven Seite des Verbrechensversuches sprechen, und nur so erfüllt sich die berechtigter Weise an die objektiven Theorien gestellte Forderung, im Versuchsthatbestande neben dem rechtswidrigen Willen des Thäters und unabhängig von ihm ein objektiv bedeutsames Moment nachzuweisen. Ebensowenig ist auch daran zu zweifeln, dass, falls wirklich nur Unrecht strafbar wäre, der strafbare Versuch lediglich auf dem hier angegebenen Wege vom straflosen geschieden werden müsste. Das positive Strafrecht verfährt aber, grade weil es auch strafbares Nichtunrecht giebt, thatsächlich ganz anders. So erklärt es beispielsweise nicht für eine Bedingung des strafbaren Mordversuchs, dass der Bedrohte in seinem Rechtsfrieden gestört ist; wenigstens kann diese Forderung aus der Formel des art. 43 D. St.G.B. nicht abgeleitet werden. Und weiter braucht man nur an die grosse Zahl der nicht einmal im Vollendungsstadium, geschweige denn im Versuchsstadium, eine Verletzung bedingenden Verbrechen zu erinnern. Ist das gefundene Resultat demnach also auch nicht bedeutsam für die Abgrenzung der verbrecherischen Thatbestände von den nicht verbrecherischen, so behält es doch insoweit immer vom Standpunkt der Unrechtslehre aus seinen theoretischen Werth, als es mit beiträgt zur richtigen Bestimmung des Umfanges, in dem wir von einer Verletzung des Rechtsschutzobjektes sprechen dürfen.

---

sphäre fordert, ganz richtig an, diese Störung könne auch schon ohne eine Empfindung auf Seiten des zu Verletzenden vorhanden sein.

[77]) Man denke z. B. nur an die rechtsgeschichtliche Entwickelung, welche der Begriff des vollendeten Diebstahls mit Rücksicht darauf durchgemacht hat, ob ein blosses Ergreifen der Sache, ein Davontragen oder gar noch ein Weiteres nöthig sei; so wie ferner auch an die ehemals zur konsummirten Nothzucht geforderte immissio seminis.

§ 9.

Die in Noth begangenen Verletzungen.

Bildet auch nichts Anderes, als das Einzelinteresse, den Gegenstand des Rechtsschutzes, so ist darum doch noch nicht mit jeder Verletzung eines Einzelinteresses ein Rechtsschutzobjekt getroffen. Denn man kann unmöglich behaupten, dass unsere Interessen ihrem ganzen Umfange nach und unter allen Verhältnissen des Rechtsschutzes geniessen. Abgesehen von Interessen, die, weil sie überhaupt nicht unter Rechtsschutz stehen, auch keine rechtliche Beachtung in Anspruch nehmen — man denke z. B. an das Interesse, welches für zwei Private aus dem zwischen ihnen bestehenden Freundschaftsverhältniss fliesst — abgesehen davon, steht auch keinem einzigen Interesse der Rechtsschutz in absoluter Weise zu, so dass man zu sagen vermöchte, seine Verletzung widerspräche unter allen Umständen und in jeder Lage dem Willen des objektiven Rechtes. Vielmehr können selbst unsere wichtigsten Interessen in einer dem Rechte durchaus angemessenen Weise verletzt werden. Das Leben, welches dem Angriffe des Mörders gegenüber des Rechtsschutzes geniesst, steht, wo der Staat die Todesstrafe verhängt, ohne diesen Schutz da. Ebenso trifft weder der Private, der in Ausübung gerechter Nothwehr ein Leben vernichtet, noch auch der Soldat, welcher in der Schlacht einen feindlichen Soldaten tödtet, ein Rechtsschutzobjekt. Der Dieb bringt uns genau um dasselbe Interesse, dessen uns der Staat beraubt, indem er wegen rückständiger Steuern mit der Exekution gegen uns vorschreitet, unser Eigenthum konfiscirt und uns mit Geldstrafen belegt. Beeinträchtigen auch alle diese Verletzungen gleichmässig unser Vermögensinteresse, so wird doch nur dort, nicht hier ein Rechtsschutzobjekt berührt.

In Folge dieser Relativität allen Rechtsschutzes können die Verletzungsnormen denn auch nicht allgemein dahin lauten, fremde Interessen nicht zu schädigen, sondern sie verbieten uns nur, fremde Interessen im Umkreise der Fälle zu verletzen, in denen das Recht dieselben unversehrt wissen will.[78]) Hieraus ergiebt sich, dass jedes Unrecht eine rechtswidrige Verletzung voraussetzt. Rechtswidrig heisst eine Verletzung aber nur, insoweit sie unter Rechtsschutz stehende Interessen trifft. Da das Recht mit Ausnahme des im folgenden § zu besprechenden Falles überall, wo es die Verletzung eines Rechtssubjektes zulässt, dies lediglich aus Rücksicht auf das Wohl anderer Rechtssubjekte thut und grade nur deshalb die Rechtssphäre eines Jeden nicht so weit, wie seine Interessensphäre, reicht, so haben wir hierin zugleich einen weitern Grund zu erblicken, aus dem jene Ansicht abgewiesen werden muss, welche Dasein und Charakter einer Verletzung nach dem rechtlichen Inhalt des verletzenden Willens bemisst. Wer in der Rechtswidrigkeit einer Verletzung den Reflex der rechtswidrigen Qualität des Verletzungswillens erblickt, hält für ein Produkt der Willensqualität, was grade erst die rechtliche Prädicirung des Willens ermöglicht.[79]) Denn der Begriff des rechtswidrigen Willens lässt sich gar nicht konstruiren, ohne dass durch das objektive Recht der Umfang, in dem unseren Interessen Rechtsschutz gewährt sein soll und folglich ihre Verletzung rechtswidrig erscheint, bereits festgestellt ist.

Ich wende mich jetzt zu den in Noth begangenen Verletzungen, so wie im folgenden § zum Verzichte, weil ich zeigen zu können glaube, dass die hauptsächlichsten im Strafrechte rücksichtlich dieser Lehren bestehenden Zweifel nur dann ihre Lösung finden, wenn man den rechtlichen Werth der Verletzung nach dem hier angegebenen Gesichtspunkte bemisst.

Die Erlaubtheit der im Nothstand einem Andern zugefügten Verletzung setzt voraus, dass die eigene Noth den Interessen An-

---

[78]) Sobald der Inhalt der Normen so gefasst wird, hat man nicht nöthig, mit Binding, Bd. I, S. 49, die Norm als eine Regel mit Ausnahme zu betrachten.

[79]) Vgl. des Weitern hierüber die §§en 13 und 14.

derer den ihnen sonst zuständigen Rechtsschutz entziehe. Das Recht müsste uns dann also seinen Schutz ein für alle Mal nur unter der Bedingung zuertheilt haben, dass die Integrität Anderer nicht unsere Verletzung fordere. Ein solches Princip besteht keinenfalls in dieser Allgemeinheit: denn sonst stände auch Demjenigen, den wir in unserer Noth angreifen dürften, auf Grund seiner Noth das gleiche Recht uns gegenüber zu, und es läge alsdann die Antinomie vor, dass das Recht die Verletzung fremder Interessen in der Noth zu gleicher Zeit für rechtmässig und für rechtswidrig erklären würde. Ebensowenig ist dies Princip aber auch in der Einschränkung richtig, dass sich in der Noth wichtigere Interessen auf Kosten minder wichtiger behaupten dürfen. Nur liegt freilich der Grund hierfür nicht in dem Satze Kants: es könne keine Noth geben, welche, was unrecht ist, gesetzmässig mache.[80]) Denn da keine Verletzung an sich, sondern jede nur insoweit unrechtmässig ist, als das Recht sie verboten hat, wir hier aber grade wissen wollen, ob die in Noth begangenen Verletzungen rechtmässig oder rechtswidrig sind, so schliesst dieses Argument eine versteckte petitio principii in sich.

Indem Hegel[81]) dem „in der letzten Gefahr und in der Kollision mit dem rechtlichen Eigenthum eines Andern" befindlichen Leben ein Nothrecht, aber „nicht als Billigkeit, sondern als Recht" zusprach, folgte er im Resultate zwar der Ansicht älterer Kriminalisten und Naturrechtslehrer; seine Begründung war jedoch eine andere. Denn während z. B. Hugo Grotius[82]) davon ausging, an sich stehe jedem Rechtssubjekt ein gleicher Gütergenuss zu, und eine Vertheilung des Eigenthums finde nur unter der Bedingung Statt, dass man im Falle der Noth nicht an sie gebunden sei, wies Hegel darauf hin, wie in der Kollision zwischen Leben und Eigenthum „auf der einen Seite die unendliche Verletzung des Daseins und darin die totale Rechtlosigkeit, auf der andern Seite nur die Verletzung eines einzelnen beschränkten Daseins, der Freiheit", liege, mit Zulassung des Nothrechts aber „zugleich das Recht als

---

[80]) Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Kirchmannsche Ausgabe Bd. III, S. 37.

[81]) Grundlinien der Philosophie des Rechtes, § 127.

[82]) Hugo Grotius, de jure belli etc. II, 2, § 6 ff.

solches und die Rechtsfähigkeit des nur in diesem Eigenthum Verletzten anerkannt werde".

Da hiernach die überwiegende Bedeutung des einen Interesses vor dem andern als Princip des Nothrechts erscheint, so entfällt jeder Grund dafür, dasselbe nur auf den Kollisionsfall zwischen Leben und Eigenthum zu beschränken. Vielmehr liegt dann der Gedanke nahe, ganz allgemein jedem werthvollern Interesse dem minderwerthigen gegenüber ein Nothrecht zuzuerkennen. Solche durchaus folgerichtige Verallgemeinerung rückt aber die gegen das Princip bestehenden Bedenken in ein so helles Licht, dass die Beschränkung, in der die Vertheidiger des Nothrechts dasselbe behaupten, als eine überaus weise erscheint. Nichts ist nemlich irriger, als wenn man bei rückhaltloser Anerkennung des Nothrechts mit der Entwerfung einer Werthskala, welche jeder einzelnen Interessenart ihre Rangstufe anweist, Alles gethan zu haben wähnt. Zwingt doch dieselbe ratio, welche solche Rangordnung der einzelnen Interessen nach ihrem Werthe ins Leben ruft, ebenmässig dazu, im Kollisionsfalle gleichartiger Interessen der werthvollern Species ein Nothrecht der minder werthvollen gegenüber zuzusprechen. Um mir eine ganze Hand zu retten, müsste sich also ein Anderer ein paar Finger nehmen lassen, vorausgesetzt, dass er nicht etwa ein Violinvirtuose oder ein Maler wäre, der durch den Verlust eines Fingers empfindlicher geschädigt würde, als ich durch den Verlust der ganzen Hand. Ferner ist aber auch zu berücksichtigen, dass die einem in thesi werthvollern Interesse angehörende Species in hypothesi einen geringern Werth repräsentiren kann, als die mit ihr kollidirende Species eines in thesi für minder werthvoll gehaltenen Interesses. Wer also z. B. die Freiheit für ein wichtigeres Interesse, als das Eigenthum, erklärt und ihr diesem gegenüber ein Nothrecht einräumen möchte, würde, um in der Kontinuität des dem Nothrecht zu Grunde liegenden Gedankens zu verharren, nichtsdestoweniger Demjenigen, welcher dadurch Hunderttausende retten könnte, das Recht zusprechen müssen, einen Andern auf 24 Stunden der Freiheit zu berauben. Ebenso kommt dann auch die Zahl der in Noth befindlichen Rechtssphären in Betracht. Es müsste sich also etwa Jemand die Demolirung seines Hauses gefallen lassen, um jedes Gemeindemitglied dadurch von der Zahlung

einer geringfügigen Summe an den Feind zu befreien, sobald nur der Gesammtbetrag aller Einzelleistungen den Werth seines Hauses überstiege.

So richtig nun auch die Wahrnehmung ist, dass, wo das Recht unsere Verletzung zulässt, es sich hierzu nur deshalb entschliesst, weil ihm dieselbe geringfügiger erscheint, als jene Nachtheile, welche, falls wir unversehrt blieben, Andere betreffen würden, so darf hieraus doch nicht der allgemeine Satz abgeleitet werden, jede Verletzung sei rechtmässig, sobald sie uns Jemand behufs Vermeidung eines ihn sonst treffenden grössern Schadens zufüge. Denn damit wäre dem Ermessen des Einzelwillens überlassen, was zu bestimmen Sache des objektiven Rechtes ist. Dieses wäre seines ganzen Inhalts beraubt, und jede seiner vom abstrakten Standpunkte und nach Durchschnittsmassen getroffenen Bestimmungen erschiene als lästige Schranke. Was Rechtens sei, liesse sich nur noch von Fall zu Fall aus einer möglichst weit getriebenen Individualisirung erkennen. Anmasslich wäre alsdann z. B. ein Recht, welches dem Satze, dass Darlehen dem Darleiher zurückzuzahlen seien, unbedingte Gültigkeit zuspräche. Vielmehr müsste, wer einem reichen Gläubiger 500 Thaler schuldet, aber nur grade diese besitzt, von der Rückzahlung zu befreien sein, falls er glaubhaft nachwiese, dass er dieser Summe zu einer Kur bedürfe, von der die Erhaltung seines Lebens abhinge.

Eine dringende Veranlassung zur Statuirung eines Nothrechts besteht in Wirklichkeit nur für die Vertheidiger der absoluten Strafrechsttheorien. Gäben diese, was allein richtig ist, die Unrechtmässigkeit der Nothstandsverletzung zu, so würde die positivrechtliche Straflosigkeit derselben sie zu der weitern Anerkennung drängen, der Gesetzgeber habe hier ein Unrecht straflos gelassen, weil er einsehe, die Strafe vermöge unserm Interesse hier keinen ihre Verhängung rechtfertigenden Schutz zu verleihen. Damit wäre aber eingestanden, dass die Zwecke der Strafe über den Verbrechensthatbestand hinausgehen.

So begründet nun auch im Resultate die Opposition Kants gegen das Nothrecht ist, und so richtig es weiter erscheint, wenn sich Kant für die Straflosigkeit der Nothstandsverletzungen erklärt, nicht weil sie kein Unrecht, sondern obgleich sie ein Unrecht

seien, so wenig stimmt dies doch zu seiner Strafrechtstheorie. Diesen Zwiespalt suchte Feuerbach zu vermeiden, obwohl grade für seine relative Strafrechtstheorie der Satz: dass die straflose Nothstandsverletzung nicht ein inculpabile, sondern nur ein inpunibile sei, vollkommen ausgereicht hätte. Ohne ein Nothrecht anzuerkennen, stellte nemlich Feuerbach gleichwohl in Abrede, dass man durch eine Verletzung im Nothstande ein Unrecht begehe. Aber anstatt von der objektiven Rechtmässigkeit der Nothstandsverletzung auszugehen, bestritt er die Rechtswidrigkeit des Willens auf Seiten des im Nothstand Handelnden, weil er jede in diesem Zustande begangene Handlung als unter dem Einflusse eines alle Zurechnung aufhebenden Zwanges verübt ansah. Diese Meinung, von der ehedem behauptet werden konnte[83], dass sie vielfach Eingang in positives Recht gefunden habe, ist heute fast ganz verlassen. Feuerbach geräth denn auch hier insoweit mit sich selbst in Widerspruch, als die Hervorhebung der psychologischen Nothwendigkeit als eines Schuldausschliessungsgrundes angesichts seines deterministischen Standpunktes die ganze Zurechnungslehre in Frage stellt. Insofern er aber der Furcht allgemein die Bedeutung zuschrieb, dass sie dem unter ihrem Einflusse Handelnden das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit raube, wurde unzulässiger Weise generalisirt, was höchstens nur für einzelne Ausnahmsfälle Geltung beanspruchen kann.

Indem art. 54 des deutschen Strafgesetzbuchs diejenige Handlung für straflos erklärt, welche „zur Rettung aus einer Gefahr für Leib oder Leben des Thäters oder eines Angehörigen begangen worden ist", hebt derselbe nicht die Straflosigkeit einer erlaubten Handlung hervor, sondern scheidet damit die Kategorie der unerlaubten Handlungen auf Grund eines bestimmten gesetzlich ausgezeichneten Handlungsmotivs in strafbare und straflose. Was sich, wenn aus andern Motiven verübt, als Verbrechen darstellt, ist Nichtverbrechen, sobald die Erhaltung von Leib oder Leben des Thäters oder eines seiner Angehörigen die Triebfeder der verletzenden Thätigkeit bildet. Gewiss hätte vom Gesetzgeber eine straf-

[83]) So Mittermaier, vgl. 14. Ausg. des Feuerbachschen Lehrbuchs, S. 63 in der Note.

lose Nothstandsverletzung unter Umständen auch da angenommen werden müssen, wo zur Erhaltung von andern Interessen, als Leib und Leben, oder zum Besten eines Nichtangehörigen gehandelt ist. So bedenklich es aber auch erscheint, wenn nach dem Wortlaut des art. 54 z. B. wegen Sachbeschädigung bestraft werden muss, wer ausser dem Falle der Nothwehr zur Erhaltung seines ganzen Vermögens oder zur Lebensrettung eines Nichtangehörigen die Fensterscheibe eines fremden Hauses einschlägt[84]), so kann man, abgesehen davon, dass dies ja auch kein Argument gegen die Zulässigkeit der Strafe wäre, — doch nicht sagen, in solchen Fällen sei ein Nichtunrecht für ein Verbrechen erklärt. Rechtfertigt nemlich das Motiv des Thäters, einen gefürchteten Verlust abzuwenden, niemals die Verletzung fremder Interessen, und kann folgeweise zwar das Dasein eines Verbrechens, nicht aber, ob ein Unrecht vorliegt, von der Art des zu erhaltenden Interesses oder von persönlichen Beziehungen seines Inhabers zum Verletzer abhängig sein, so trifft den Gesetzgeber nur der Vorwurf, im art. 54 dem Geltungsgebiete eines richtigen strafpolitischen Gedankens allzu enge Grenzen gesteckt zu haben.

Wer einen Andern in Nothwehr verletzt, wird gleichfalls durch das Motiv geleitet, die Integrität seiner Rechtssphäre zu behaupten. Indem man die von ihm zugefügte Verletzung aber übereinstimmend für rechtmässig erklärt, entsteht die Frage, durch welches Moment der Rechtsschutz den Interessen des Verletzten in der Noth des Verletzers entzogen wird. Die so häufig wiederholte Formel, im Nothstand stehe dem Rechte ein anderes Recht, in der Nothwehr aber das Unrecht gegenüber, giebt hierauf augenscheinlich keine genügende Antwort. So richtig sie hervorhebt, dass auch bei der rechtswidrigen Nothstandsverletzung die Erhaltung eines rechtmässigen Zustandes den Handlungszweck bilde, so wenig darf man ihr doch darin beistimmen, dass sich die objektive Rechtmässigkeit der in Noth zugefügten Verletzung durch die subjektive Rechtswidrigkeit des Angriffs bedinge. Wer Letzteres behauptet, gelangt einerseits dazu, Fälle wirklicher Nothwehr fälschlich für rechtswidrige Nothstandsverletzungen halten zu müssen. Denn alsdann

---

84) Vgl. hierüber die treffenden Bemerkungen v. Buri's, Kausalität, S. 89.

dürfte ich mich dem Beginnen aller Derjenigen nicht mittels einer ihnen zugefügten Verletzung erwehren, welche nicht einsehen, dass sie im Begriff stehen, mich in unerlaubter Weise zu schädigen. Ruhig müsste ich das unmündige Kind, den Wahnsinnigen, den Trunkenen, so wie jeden im Irrthum Befangenen mit meinem Vermögen davonlaufen oder sich zu meiner Tödtung anschicken sehen, ohne ihnen ein Haar krümmen zu dürfen. Wie man aber andererseits, sobald man den subjektiv rechtswidrigen Angriff für das Karakteristische der Nothwehr ausgiebt, der Konsequenz verfällt, in Fällen rechtswidriger Nothstandsverletzungen fälschlich eine Nothwehr anzunehmen, erhellt aus der häufig vertheidigten Ansicht, bei rechtswidrigem Willen des Angreifers stehe dem Angegriffenen das Recht zu, zu seinem Schutze jeden Dritten zu verletzen.[85])

Wie schon der Begriff der Nothwehr andeutet, ist für sie entscheidend die Richtung, der sich ein in Noth Befindlicher zuwendet. Er erwehrt sich eines Angriffs mittels eines bis zur Verletzung gesteigerten Widerstandes. Erwehren kann man sich aber nur des Angreifers. Wer seine Integrität durch Verletzung eines Nichtangreifers behauptet, wehrt dem Angreifer nicht mehr und bietet ihm nicht mehr die Spitze.[86]) Die Nothwehrverletzung, aber auch nur sie, ist rechtmässig, weil sich das Recht im Kampfe zwischen Angreifer und Angegriffenem auf Seiten des Letztern stellt und zu seinem Besten die Interessen des, sei es schuldhaften oder schuldlosen, Angreifers des ihnen sonst zustehenden Schutzes entkleidet. Deshalb darf auch der Angegriffene, wo er des Angreifers nicht habhaft werden und ihn nicht lahmlegen kann, seine Integrität nicht dadurch behaupten, dass er den Angriff von sich auf die Rechtssphäre eines Unbetheiligten ablenkt. Denn so wie das Recht ihm gegen den Angreifer beisteht, so steht es dem unbetheiligten Dritten, auf welchen er den ihm zugedachten

---

[85]) Vgl. z. B. Schwarze Kommentar, 2. Aufl. S. 233.

[86]) Die zuweilen vertretene Ansicht, als ob die rechtswidrige Verletzung Anderer in der Noth auf die Fälle zu beschränken sei, in denen wir einem von Seiten der Naturkausalität drohenden Angriff zu entgehen suchen, birgt daher insofern einen richtigen Kern in sich, als danach der rechtswidrig Verletzte stets ein Nichtangreifer ist.

Angriff ableiten will, ihm gegenüber zur Seite und befugt denselben zu seiner Verletzung. Verfolgt auch Jeder, der in der Noth einen Andern verletzt, einen erlaubten Zweck, so wird doch lediglich in der Nothwehr für einen erlaubten Zweck ein erlaubtes Mittel angewendet. Erlaubter Mittel für erlaubte Zwecke darf sich aber Jeder bedienen; deshalb kann sich nicht nur der Angegriffene selbst, sondern auch jeder Dritte ihn durch Verletzung des Angreifers schützen. Ferner erscheint auch die Rechtmässigkeit der Nothwehrverletzung nicht durch irgend welche Werthdifferenz zwischen dem zu erhaltenden und dem zu opfernden Interesse bedingt. Vielmehr ist, sowie die geringste Verletzung des Nichtangreifers unrechtmässig erscheint, wenn sie selbst zur Erhaltung des werthvollsten Interesses vorgenommen wird, umgekehrt die zum Zweck der Erhaltung des geringfügigsten Interesses unternommene Verletzung des Angreifers in seinen werthvollsten Interessen durchaus rechtmässig.[87])

Woran erkennt man aber, ob dem Verletzten Angreiferqualität zukommt? Wird hierzu kein rechtswidriger Wille auf seiner Seite erfordert, so ist der Begriff des Angriffs lediglich auf objektiver Basis festzustellen. Eine solche gewinnt man jedoch nie, wenn man vermeint, die Thätigkeit des Angreifers sei zum Unterschiede von der des Nichtangreifers von irgend welcher objektiven Bedeutung für die Verletzung, welche der Angegriffene zu erleiden fürchtet. Denn da wirklich gewordene Ereignisse zu ausgebliebenen blos gedachten in gar keinem objektiven Verhältniss stehen (§ 7), so muss auch das Verhalten des Angreifers in jedem Falle, wo der ihn zurückschlagende Angegriffene unversehrt bleibt, für die ausgebliebene Verletzung genau so indifferent sein, wie das Verhalten Desjenigen, den wir nicht als Angreifer bezeichnen. So wenig, wie die Handlung Jemandes je durch den Willensinhalt —

[87]) Dies Princip wird auch die von den meisten Theoretikern hervorgehobenen Konsequenzen nicht erschüttert. Eine unbefangene Auslegung des art. 53 D. St. G. B. führt zu der Annahme, dass das positive Recht dasselbe anerkannt habe. Ich glaube nicht, das dies in der Praxis zu grossen Unzuträglichkeiten führen wird. Denn sollte z. B. wirklich der Eigenthümer — um bei einem der stehenden Schulfälle zu bleiben — den davonlaufenden Apfeldieb niederschiessen, so wird ihm wohl, wenn er nicht etwa in einem die Zurechnung ausschliessenden Affekte handelt, zumeist auch nachgewiesen werden können, dass er aus ganz andern Motiven gehandelt habe, als um sein Eigenthum zu schützen.

also z. B. dadurch, ob er die Verletzung eines Andern plante oder hieran gar nicht dachte — einen objektiv verschiedenen Werth empfängt, so wenig gewinnt man auch durch die rein subjektive Erwägung, ob der Angegriffene ohne sein Eingreifen unverletzt geblieben wäre oder nicht, einen objektiven Massstab zur Bestimmung der Angreiferqualität. Anders wäre dies freilich, wenn Noth und Gefahr wirklich objektive, von der Furcht Desjenigen, der verletzt zu werden fürchtet, unabhängige Zustände wären. Da sie dies aber nicht sind, muss man eine in Noth begangene Verletzung überall da annehmen, wo der Verletzer die ernstliche Ueberzeugung hegte, seine Integrität nur auf Kosten eines Andern erhalten zu können. Wäre doch sonst konsequenterweise jede straflose rechtswidrige Nothstandsverletzung, so wie jedes Nothwehrrecht, beseitigt; und vermöchte den Beweis, dass er sich in Noth befunden habe, alsdann nur zu führen, wer die erwartete Unbill ruhig über sich ergehen liess.

Hiernach bleibt noch ein Weg übrig, die Angreiferqualität objektiv zu bestimmen. Damit ein Akt der Nothwehr vorhanden sei und ich also in Demjenigen, den ich zu meinem Besten verletze, den Angreifer treffe, braucht derselbe zwar keinerlei objektive Momente zu dem von mir abgewehrten Erfolge gesetzt zu haben, wohl aber muss er mitgewirkt haben zu der psychologischen Thatsache der mir innewohnenden Furcht. Füge ich die von mir für erforderlich gehaltene Verletzung hingegen Jemandem zu, dessen Verhalten meiner Furcht gar nicht ursächlich gegenübersteht, so habe ich in der Noth einen Nichtangreifer verletzt.

Wenn ich annehme, das Dasein der Noth bemesse sich lediglich nach der subjektiven Ueberzeugung des Verletzers, so führt dies mit Rücksicht auf den Umfang, in welchem die Noth als Strafausschliessungsgrund erscheint, zu gar keinen andern Konsequenzen als zu welchen die herrschende Ansicht in dem Satze gelangt, dass die irrig unterstellte Noth den gleichen Anspruch auf Straflosigkeit gewähre, wie die mit Grund angenommene.[88]) Beachtet man

[88]) Wenn vielfach als Bedingung dieser Gleichstellung verlangt wird, dass die irrthümliche Unterstellung der Noth auf keiner groben Fahrlässigkeit beruhe, so muss diese Beschränkung fallen, sobald es keinen unbewusst rechtswidrigen Willen giebt.

aber, dass dieser vermeintliche Unterschied gar nicht existirt, bei Abwehr des gefürchteten Erfolges die Statuirung von Noth und Gefahr vielmehr insoweit immer auf einem Irrthum beruht, als der Fürchtende hier stets ein Ereigniss fälschlich für eine Verletzungsursache hält, so erscheint das an sich richtige Resultat der herrschenden Ansicht gar nicht durch ihre Prämissen gerechtfertigt, sondern tritt völlig unvermittelt auf. Man kann daher auch nicht, wie meist geschieht, sagen, ein Nothstandsprätext liege bei irriger Annahme, dass man sich in Noth befinde, vor, sondern unter einem Nothstandsprätext sollte nur der Fall verstanden werden, in dem Jemand unwahrer Weise vorgiebt, durch die Furcht zu einer verletzenden Thätigkeit motivirt worden zu sein. Für den Begriff des Nothwehrexcesses bleibt dann aber nur in sofern Raum, als dem Angreifer Verletzungen zugefügt werden, von denen man einsieht, dass sie in diesem Masse zur Erhaltung der eignen Integrität nicht erforderlich sind. Da der Gefahrsbegriff ein rein subjektiver ist, so lässt sich endlich auch nicht sagen, dass Nothwehr und Straflosigkeit der rechtswidrigen Nothstandsverletzung eine gegenwärtige Gefahr bedingten. Kommt nemlich Alles darauf an, dass die Verletzung eines Andern von mir für nöthig gehalten ist, so liegt, wo ohne diesen Glauben gehandelt wurde, ein blosser Prätext vor. Wohnt mir aber dieser Glaube inne, so handle ich, wenn ich auch annehme, die Verletzung werde mich erst morgen treffen, dennoch heute rechtmässig, beziehungsweise straflos, sobald ich nur überzeugt bin, mich lediglich durch mein jetziges Handeln unversehrt erhalten zu können.

Werfen wir schliesslich noch einen Blick auf die Kasuistik, so sind nach diesen Ausführungen einzelne Fälle einem andern Gesichtspunkt zu unterwerfen, als unter dem man sie bisher zu betrachten gewohnt ist. Den bissigen Hund, den sein Herr ins Freie gelassen hat, tödte ich, wenn er mich anfällt, in Nothwehr; denn indem ich durch seine Tödtung die Vermögensinteressen seines Herrn verletze, treffe ich eine Rechtssphäre, deren Träger durch sein Verhalten zu meiner Furcht mitgewirkt hat. Wer dagegen das Jemandem gehörige Thier schlachtet, um sich vor dem Hungertode zu retten, fügt dem Eigenthümer eine rechtswidrige Vermögensverletzung zu. So ist auch der Broddiebstahl

bei Hungersnoth (C. C. C. art. 146) ein Fall rechtswidriger Nothstandsverletzung, aber nicht etwa, wie vielfach angenommen wird, weil es an einem subjektiv rechtswidrigen Angriff fehlt, sondern weil der Verletzte hier gar nicht als Angreifer erscheint. Habe ich im Schiffbruch einen rettenden Balken erfasst, so tödte ich Denjenigen, der sich, um dem sichern Tode zu entgehen, desselben gleichfalls bemächtigen und mich herunterstossen will, in Nothwehr; gelingt ihm jedoch sein Vorhaben und führt er auf diese Weise meinen Tod herbei, so hat er sich mir gegenüber einer rechtswidrigen, wenn auch straflosen, Nothstandsverletzung schuldig gemacht. Hiernach bietet auch der Fall der Perforation keine Schwierigkeiten dar. Dieselben stellen sich vielmehr nur so lange ein, als man die Nothwehr auf den Fall des subjektiv rechtswidrigen Angriffs beschränkt. Wäre dies richtig, so müsste die zum Zweck der Erhaltung der Mutter vorgenommene Tödtung des Kindes im Mutterleibe allerdings für eine rechtswidrige Tödtung erklärt werden. Nach Verwerfung des Nothrechts müsste die herrschende Ansicht konsequenter Weise nicht nur ein Unrecht auf Seiten der Mutter, wenn auch nach art. 54 D. St.G.B. ein strafloses, annehmen, sondern sie müsste den perforirenden Arzt nach demselben art. sogar für strafbar erklären, falls die Schwangere nicht etwa zu seinen Angehörigen zu rechnen wäre.[89]) Diese Folgerungen greifen aber nur deshalb nicht Platz, weil die Verletzung des Embryo eine rechtmässige Nothwehrverletzung ist, indem die Perforation eine Rechtssphäre trifft, deren Träger als Angreifer erscheint.

---

[89]) So bestreitet denn auch Schwarze a. a. O., S. 237, in diesem Falle das Vorhandensein einer Nothwehr. Der für die Straflosigkeit des Arztes von ihm angeführte Grund findet aber im Gesetze keinerlei Unterstützung.

§ 10.

Der Verzicht.

Die Rechtswidrigkeit einer Verletzung lässt nicht nur eine von der Willensbeschaffenheit des Verletzers, sondern auch von der des Verletzten unabhängige Betrachtung zu. Denn vermag der Wille auch der auf der eignen Rechtssphäre befindlichen Interessensubstanz durch Verzicht den ihr zuständigen Rechtsschutz zu entziehen und ihrer Verletzung folgeweise den Karakter der Rechtswidrigkeit zu nehmen, so erscheint er darum doch nach keiner Richtung als konstitutives Moment für die Rechtswidrigkeit der Verletzung. Jede meinen unter Rechtsschutz stehenden Interessen gegen meinen Widerspruch zugefügte Beeinträchtigung ist zwar nothwendig rechtswidrig; wäre sie dies aber blos in Folge meines Widerspruchs, so müsste man nur da, wo man widerspricht, rechtswidrig verletzt werden können. Im Widerspruch ist vielmehr nur die Negativität des Verzichtes von Bedeutung, so dass wer auf ihn als Bedingung der Rechtswidrigkeit reflektiren wollte, die Kategorie der rechtswidrigen Verletzungen damit viel zu eng fassen würde. Der Grund, weshalb der Widerspruch kein die Abwesenheit des Verzichtes übersteigendes Moment darstellt[90]), und weshalb er daher höchstens

[90]) Diejenigen Verbrechen, welche ohne den Willenswiderspruch eines Verletzten nicht konsummirt werden können, unterstützen die im Text widerlegte Ansicht schon um deswillen nicht, weil bei ihnen der Verletzte, sobald man sich blos seinen Widerspruch wegdenkt, ganz die gleiche rechtswidrige Verletzung erfahren würde. Es ist für meine Vermögensinteressen gleichgültig, ob der Räuber gegen meinen Protest mit meiner Sache davonläuft, oder ob der Taschendieb sie mir unbemerkt aus der Tasche zieht. Die Geschlechtsehre der Geschwächten ist gleich rechtswidrig verletzt, der Beischlaf möge gewaltsam erzwungen oder mit der bewusstlos Daliegenden vollzogen sein.

auch nur als Beweismoment für solchen Mangel verwerthet werden kann, liegt darin, dass uns nicht unser Wille, sondern das objektive Recht ohne sein Zuthun den Rechtsschutz zuertheilt. Der Widerspruch des Verletzten ist weder ein Begriffsmerkmal des allgemeinen Unrechtsthatbestandes, noch auch einer besondern Unrechtspecies. Wenn namentlich Hälschner[91]) den Unterschied zwischen civilem und kriminellem Unrecht darin finden will, dass während dieses einen unmittelbaren Widerspruch gegen das Recht und die rechtliche Ordnung enthalte, bei jenem das Recht an sich lediglich im Willen des Berechtigten und mittels desselben verletzt werde, so wird damit einem für den Eintritt der verschiedenen Formen des Rechtsschutzes bedeutsamen Momente fälschlich ein Einfluss auf Dasein und Beschaffenheit der Verletzung eingeräumt. Mit Recht haben denn auch schon Binding und Thon[92]) auf die Konsequenzen dieser Hälschnerschen Ansicht hingewiesen. Wäre die positive Willenserklärung, sich für verletzt erachten zu wollen, zur rechtswidrigen Verletzung erforderlich, und genügte wirklich nicht, dass man nur nicht verzichtet hat, so könnte weder dem Schlafenden, noch dem Abwesenden oder dem sinnlos Trunkenen ein Unrecht geschehen. Der Wiederspruch des Vormunds würde dann wohl zu Wege bringen, dass als Unrecht erschiene, was Dritte gegen den Minderjährigen verübten; vom Vormund selbst könnte dieser aber nie Unrecht erfahren. Ueberhaupt wären wir eine Beute Desjenigen, der uns, ohne unsere Opposition zu provociren, zu verletzen verstände.

Der Grund aber, weshalb der Rechtsschutz, wenn er uns auch nicht kraft unsers Willens zufliesst, doch vor diesem weichen muss und folglich Niemand durch Verletzung eines abseiten seines Inhabers preisgegebenen Interesses ein Unrecht begehen kann, ist darauf zurückzuführen, dass der Interessenschutz das oberste Rechtsprincip bildet, das Recht nur der Individuen halber da ist und diese ihm gegenüber die logische Priorität beanspruchen. Denn geschützt wird man nur vor Dritten, nicht vor sich selbst. Diese in der Konsequenz des subjektiven Idealismus liegende Souverainetät

---

[91]) Vgl. besonders dessen Abhandlungen über die Lehre vom Unrecht, Gerichtssaal Bd. XXI und Bd. XXVIII.

[92]) Vgl. Binding Normen I, S. 149 ff. und Thon a. a. O, S. 114 ff.

des Willens über die eigne Rechtssphäre können natürlich Diejenigen nicht zugeben, welche den Interessenschutz nicht als Zweck, sondern nur als ein Mittel für weitere vom Rechte zu verfolgende Ziele betrachten. Wer also mit dem objektiven Idealismus das Individuum für ein blosses accidens an der Substantialität des Staates hält und die Aufrechterhaltung unserer Interessen nicht unsertwegen, sondern nur deshalb fordert, weil in ihr ein über unsere Zwecke hinausgehendes Princip seine Verkörperung findet, kann zwar dem Willen allenfalls die Macht zusprechen, das eigne Interesse auf fremde Rechtssphären zu übertragen; die Befugniss, dasselbe zu vernichten, wird er ihm aber nie zugestehen dürfen.

Bisher haben bekanntlich die Anhänger eines jeden dieser beiden Gegensätze unterlassen, ihren Ausgangspunkt bis in die letzten Konsequenzen zu verfolgen. Indem zwischen veräusserlichen und unveräusserlichen Rechten unterschieden wird, ist vielmehr ein Kompromiss geschlossen, kraft dessen die eine Partei durch Zulassung von veräusserlichen, die andere aber durch Zulassung von unveräusserlichen Rechten dem gegnerischen Standpunkt eine Koncession macht. Diese Mittelmeinung entbehrt aber, genauer betrachtet, jeden Haltes, so dass die beiden Gegensätze unvermittelt einander gegenüberstehen und eine Entscheidung für die eine oder die andere Seite nach wie vor geboten erscheint. — Von einer Veräusserung von Rechten spricht man im engern und weitern Sinne und versteht unter jener die mit einer Uebertragung auf eine fremde Rechtssphäre verbundene Entäusserung eines Interesses, unter dieser aber seine blosse Loslösung von der eignen Rechtssphäre.[93]) Angenommen, die Frage nach dem Umfange der Willensherrschaft wäre überall durch Anlehnung an die Unterscheidung zwischen veräusserlichen und unveräusserlichen Rechten zu lösen und man dürfte etwa behaupten, diese letzteren seien der freien Disposition des Berechtigten entzogen, so könnte dabei keinenfalls auf die Unveräusserlichkeit im engern Sinne Etwas ankommen. Denn augenscheinlich ist der rechtliche Karakter einer Verletzung und ob ein unter Rechtsschutz stehendes Interesse getroffen wird, von der Uebertragbarkeit des Interesses auf einen

[93]) Vgl. z. B. Windscheid Pandekten, Bd. I, S. 160. 3. Aufl.

Andern durchaus unabhängig. Die Rechtmässigkeit der Verletzung des von seinem Inhaber preisgegebenen Interesses kann sich nicht danach bedingen, ob dasselbe einer andern Rechtssphäre zuzuwachsen im Stande ist. Wo man sagt, Jemand habe durch Verzicht eines Andern das Recht gewonnen, ihn zu verletzen, heisst dies nicht, die Rechtssphäre des Verletzers sei um das Interesse reicher geworden, um welches die Rechtssphäre des Verletzten ärmer geworden ist, sondern darin liegt nur, dass der Verletzer dem Rechtsschutz entzogenes Interesse getroffen hat. — Hiernach darf aber überhaupt für unsere Frage auf die Unterscheidung zwischen veräusserlichen und unveräusserlichen Rechten nicht weiter Bezug genommen werden. Denn bezeichnet man das unter Rechtsschutz stehende Interesse als Recht, so giebt es gar kein im weitern Sinne unveräusserliches Recht. Wer das Gegentheil behauptet, gelangt zu dieser angeblichen Verschiedenheit der Rechte nur dadurch, dass er, anstatt ein und denselben Begriff zu differenziren, völlig ungleichartigen Dingen den Namen von Rechten giebt. Wenn so z. B. Köstlin[94]) Gesundheit, Freiheit und Ehre „zu den Bestimmungen der Persönlichkeit" zählt, „welche von ihr gar nicht entäussert werden können, welche substantielle Bestimmungen an ihr bleiben, auch wenn der aktuelle Wille der Person sie preisgiebt", so ist dies durchaus richtig, insofern damit gesagt sein soll, der Wille vermöge die Person in Bezug auf diese Seiten ihres Wohls nicht um die ihr anhaftende Rechtsfähigkeit zu bringen und der Verzicht sei nicht im Stande, eine Unfähigkeit zu erzeugen, nach den angegebenen Richtungen hin weiter vom Rechte geschützt zu werden. Darin liegt aber nichts etwa nur für diese „Rechte" Besonderes. Denn grade so wenig, wie es mein Wille zu Wege bringt, dass ich ein Subjekt zu sein aufhöre, welches für den der Freiheit gewährten Schutz empfänglich ist, grade so wenig vermag mein Wille auch über meine Vermögensrechtsfähigkeit zu disponiren und diese Seite der Rechtsfähigkeit von meiner Person abzulösen. Werfe ich heute all mein Hab und Gut von mir, so bewahrt mich Nichts davor, dass mir morgen eine Erbschaft anfalle und sich auf meiner Rechtssphäre somit Interessen vorfinden, denen

---

[94]) N. Rev., S. 689.

das Recht ohne jegliches Zuthun von meiner Seite seinen Schutz verleiht. Insoweit man aber z. B. von Vermögensrechten als veräusserlichen spricht und hierbei lediglich die Herrschaft des Willens über die auf der eignen Rechtssphäre thatsächlich anzutreffende Interessensubstanz ins Auge fasst, wird zugegeben werden müssen, dass solche Machtvollkommenheit dem Willen auch rücksichtlich eines jeden der angeblich unveräusserlichen Rechte zusteht. Unbeschadet meines Unvermögens, meine Freiheit an der Wurzel zu erfassen und von Grund aus zu vernichten, kann ich mich doch eines bestimmten Stückes meiner Freiheit begeben, so dass, wenn ich mich mit meinem Willen einsperren lasse, die während der Dauer solchen Willens verloren gegangene Substanz als rechtmässig verbracht erscheint. Unveräusserlich sind eben die einzelnen Seiten der Rechtsfähigkeit, veräusserlich alle Interessensubstanz. Aus diesen Gründen muss dem Willen selbst die Disposition über das eigne Leben zugesprochen werden, obwohl hier die Besonderheit hervortritt, dass der Untergang des Lebens als einer Interessensubstanz zugleich alle Rechtsfähigkeit mit ergreift. Denn so lange wir physisch da sind, beruht, wie gesagt, die Unveräusserlichkeit einzelner Seiten der Rechtsfähigkeit nicht auf einem Verbote, sondern auf einem Unvermögen, den Quell zum Versiegen zu bringen, aus dem uns der Rechtsschutz fliesst. Fällt also dies Unvermögen beim Verzicht auf das Leben weg, so thut auch das hier auftretende Plus der Herrschaft des Willens über die Substanz keinen Eintrag.

Was nun die zu einem gültigen Verzichte erforderlichen Voraussetzungen anlangt, so muss vor Allem die bestimmte Absicht des Interesseninhabers vorliegen, sich eines unter Rechtsschutz stehenden Interesses zu entäussern. Weder, dass man blos eine Ursache zur Selbstverletzung setzte, noch auch, dass dies mit dem Bewusstsein geschah, man könne sich durch sein Handeln möglicher Weise verletzen, genügt dazu, unsere Interessen ausserhalb des Rechtsschutzes zu stellen. Wer sich ohne die zum Verzicht gehörige Absicht verletzt, hat daher eine dem Rechte widersprechende Verletzung herbeigeführt, natürlich aber kein Unrecht begangen; denn solches liegt nur angesichts einer mit rechtswidrigem Willen herbeigeführten Verletzung vor. Seine eignen als solche

erkannten Interessen kann aber Niemand mit rechtswidrigem Willen verletzen. — Dürfte man annehmen, der uns zustehende Rechtsschutz werde schon dadurch zum Weichen gebracht, dass wir eine Ursache zu unserer Verletzung setzten, so gäbe es wohl überall keine rechtswidrige Verletzung; denn wer den Kausalitätsbegriff richtig auffasst, möchte schwerlich irgend welche Verletzung nachzuweisen im Stande sein, mit der nicht auch eine Handlung des Verletzten selbst in Kausalzusammenhang stände. So setzte z. B. der Ermordete schon durch sein Hingehen an den Ort, wo ihn der tödtliche Streich trifft, eine Ursache zu seinem Tode. Entzöge er dadurch sein Leben dem Rechtsschutz, so beginge auch der Mörder kein Unrecht. Denn derselbe würde zwar immer mit rechtswidrigem Willen handeln; da seine Handlung aber alsdann zu keinem rechtswidrigen Erfolge mitwirkte, würde es an einem zur Zurechnung tauglichen Ereigniss fehlen.[95])

Wie wenig zum Verzichte das blosse Voraussehen genügt, dass die eigne Thätigkeit zur Verletzung mitwirken werde, lehrt der viel besprochene Fall, in dem der Eigenthümer, um Denjenigen, der ihn bestehlen will, auf frischer That zu ertappen, selbst mit Veranstaltungen dazu trifft, dem Diebe die Wegnahme seiner Sache zu erleichtern. Hier ist die Besitzentziehung der Sache eine rechtswidrige, und es liegt der Thatbestand des Diebstahls vor, weil dem Eigenthümer die Absicht, auf sein Eigenthum zu verzichten, völlig fremd ist.[96]) Selbst die Gewissheit, durch eignes Handeln zur Selbstverletzung beizutragen, begründet noch keinen Verzicht, wenn nicht auch die Entäusserung des eignen Interesses zugleich den Handlungszweck bildet. Wer dem eindringenden Räuber, der ihm

---

[95]) Vgl. hierüber die Ausführungen der §§en 13 und 14.

[96]) Aus diesem Grunde erscheint das von Abegg, Gerichtssaal Bd. XII, S. 241 ff., angeführte Urtheil des preussischen Obertribunals, welches in solchem Falle den Diebstahlsthatbestand verneinte, als ein verkehrtes. Dem Resultat nach richtig ist es, wenn Justinian, nachdem die Ansicht der älteren Juristen hierüber schwankend war, in l. 20 Cod. de furtis VI, 2 solchenfalls die actio furti zulässt. Nur ist freilich dies Resultat bei Justinian ein gewaltsames, da er in demselben Athemzuge, in dem er sich mit Recht für die Zulassung der actio furti erklärt, das Dasein eines furtum grundlos bestreitet. Vgl. dagegen Binding, Normen II, 287, der, vornemlich weil er hier einen blossen Putativdolus auf Seiten des Thäters annimmt, zu einem entgegengesetzten Resultate gelangt.

die Pistole auf die Brust setzt, zur Erhaltung seines Lebens den Schlüssel zu seinem Geldschrank ausliefert, hat nicht auf sein Vermögen verzichtet. Nach diesen Grundsätzen ist denn auch der bekannte Fall zu beurtheilen, in dem A, durch die Aufforderung des B und sein Versprechen, die Zeche bezahlen zu wollen, zum Genusse einer übermässigen Quantität von Spirituosen verleitet, an den Folgen seiner Unmässigkeit stirbt. — Hier entsteht die Frage, ob B wegen fahrlässiger Tödtung des A verantwortlich ist. Das preussische Obertribunal hat dies durch Urtheil vom 10. Juni 1866[97]) bejaht. Gegen diese Entscheidung ist grundloser Weise eingewendet worden, zwischen der Thätigkeit des B und dem Tode des A bestände kein Kausalzusammenhang, sondern B habe nur die Veranlassung zum Tode des A gegeben. Zwischen einem occidere und einem mortis causam praestare besteht aber kein Unterschied. Zur Schuld kann, wie wir im 4. Abschnitt sehen werden, in objektiver Beziehung überall nur Mitwirkung zum verantwortlich machenden Erfolge gefordert werden. Dass A sich den Tod trank, thut daher der Kausalität des ihn intellektuell beeinflussenden B durchaus keinen Abbruch. Fraglich könnte vielmehr nur sein, ob die Verantwortlichkeit des B nicht auf Grund des Satzes: volenti non fit injuria, entfalle. Dies wäre aber nur dann der Fall, wenn A mit der Absicht und zu dem Zwecke, sich auf diese Weise den Tod zu geben, getrunken hätte. Selbst seine Einsicht, sich möglicher Weise den Tod zu trinken, und der in dieser Erkenntniss gefasste Entschluss, es dennoch darauf ankommen zu lassen, stellen keinen Verzicht her. Vielmehr erscheint sein Tod so immer noch als ein rechtswidriger, der einem mit fahrlässigem Willen Handelnden zur Schuld zugerechnet werden muss. Nur wenn ein wirklicher Verzicht des A auf sein Leben festgestellt werden könnte, würde B, wie immer auch sein Wille beschaffen gewesen wäre, nicht zu einer rechtswidrigen Tödtung mitgewirkt haben. Er würde also solchem Verzichte gegenüber selbst bei fahrlässiger Willensbeschaffenheit nach heute geltendem Recht strafrechtlich nicht verantwortlich gemacht werden können.[98]) Denn der sich

---

97) Vgl. Goltd., Arch., Jahrg. 1866, S. 533 ff.

98) Da das Pr. St.G.B. keine besondere Bestimmung über die Tödtung eines Einwilligenden enthielt und in der gesetzlichen Definition des Mordes

auf die Tödtung eines Einwilligenden beziehende art. 216 D. St.G.B. umfasst nicht auch ein fahrlässiges Handeln. Das Verbrechen des art. 222 D. St.G.B. setzt aber voraus, dass das Leben des Getödteten unter Rechtsschutz stand.

So wie man eigne Interessen, insofern man sie für fremde hält, mit wirklich ächtem dolus und fahrlässig verletzen kann, so kann man auch fremde preisgegebene Interessen dolos und fahrlässig angreifen, wenn man nicht weiss, dass ihr Inhaber sie preisgegeben hat. Wer eine von ihrem Herrn thatsächlich derelinquirte Sache in der Absicht ergreift, sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen, begeht daher auch nicht deshalb keinen Diebstahl, weil ihm etwa der hierzu erforderliche dolus fehlte. Sondern der Grund dafür, dass er sich hier eines blossen Diebstahlsversuchs schuldig macht[99], liegt vielmehr darin, dass der Eigenthümer in Folge seines Verzichtes eine rechtmässige Verletzung erleidet, die rechtliche Qualität dieser letztern aber, weit davon entfernt, das Entstehen eines dolus auf Seiten des Thäters zu hindern, nur jede Möglichkeit einer diesem dolus gegenüber stattfindenden Zurechnung ausschliesst.

Soll eine Verletzung auf Grund eines Verzichtes rechtmässig sein, so muss dieser natürlich jener zeitlich vorangehen. Eine bereits vorhandene Verletzung kann nicht nachträglich durch Verzicht ihres rechtswidrigen Charakters entkleidet werden. Durch Preisgebung der bereits diebisch entwendeten Sache macht man den Dieb nicht zum Nichtdieb. Wo ein Ereigniss fortgesetzt verletzend wirkt, ist die Verletzung daher auch nur in dem Theile rechtmässig, der nach auftretendem Verzichte existent wird.

Dass der Verzicht nur das Entstehen bestimmter, durchaus aber nicht aller Verbrechen zu verhindern im Stande ist, spricht

---

absichtlich (vgl. Goltd. Mat. II, S. 364) das Requisit der Rechtswidrigkeit weggelassen war, die preussische Praxis demnach auch die Tödtung eines Einwilligenden als Mord bestrafte, so würde das angeführte Urtheil des Obertribunals selbst für den Fall, dass A verzichtet hätte, ein dem ehemaligen preussischen Rechte völlig entsprechendes gewesen sein.

[99]) Das in Note 97 erwähnte Urtheil des preussischen Obertribunals ist daher auch insoweit richtig, als es in einer Unterentscheidung ausspricht, das Nichtwissen des Thäters um den Verzicht des dominus schliesse die Anwendung des Satzes: volenti non fit injuria, nicht aus.

keineswegs für eine beschränkte Herrschaft des Willens über die eigene Rechtssphäre, sondern beweist lediglich, dass sich der Verbrechensbegriff nicht mit dem Unrechtsbegriff deckt. Wo im Strafrecht der Satz: volenti non fit injuria, keine Anwendung findet, ist nicht etwa ein Rechtsschutzobjekt verletzt, welches der Disposition des Einzelwillens entzogen wäre, sondern liegt allemal ein Verbrechen vor, zu dessen Thatbestand keine rechtswidrige Interessenverletzung erfordert wird. Um dies zu erkennen, sind zunächst diejenigen Verbrechen ins Auge zu fassen, die ohne alle Verletzung konsummirt werden. Verbietet der Strafgesetzgeber bestimmte Handlungen aus Furcht vor ihren verletzenden Folgen, straft sie aber, gleichviel, ob sie im konkreten Einzelfalle diese Folgen haben oder nicht, so schliesst dann auch, da die Verletzung für solchen Verbrechensthatbestand ein völlig überschüssiges Moment bildet, die durch Verzicht herbeigeführte Rechtmässigkeit derselben das Verbrechen natürlich nicht aus. Würde also etwa ein durch Meineid Beschädigter das Interesse, in welchem er verletzt ist, derelinquirt haben, so liegt nichts desto weniger doch das Verbrechen des Meineids vor; ja selbst die Wissenschaft des Meineidigen um diese Dereliktion hindert das Vorhandensein des Verbrechens nicht, wenn durch sie auch zweifellos die zur Uebertretung einer Verletzungsnorm erforderlichen subjektiven Voraussetzungen ausgeschlossen erscheinen. Werden nach art. 174, Z. 1, D. St.G.B. bestraft „Vormünder .... welche mit ihren Pflegebefohlenen, Lehrer .... welche mit ihren minderjährigen Schülern .... unzüchtige Handlungen vornehmen“, so erschöpft sich der Verbrechensthatbestand schon in der Handlung des Vormunds und Lehrers ohne Rücksicht darauf, ob die sittliche und körperliche Integrität des Mündels und Schülers geschädigt wird. Begehen aber nach dem Wortlaut des Gesetzes dieses mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren zu ahndende Verbrechen beispielsweise auch der Vormund, so wie der Musik- oder Tanzlehrer einer 20 Jahre 11 Monate alten Prostituirten, sobald sie mit ihr den Beischlaf vollziehen, zu welchem sie vielleicht von ihr verführt sind, so beweist dies nicht, dass die Strafe hier ein der Disposition des Einzelwillens entzogenes Objekt schützen will, sondern man wird zugeben müssen, dass der richtige Gedanke, Minderjährige vor unkeuschen Angriffen Derjenigen zu

schützen, die in Folge einer besondern Vertrauensstellung die ihnen zustehende Autorität desto leichter missbrauchen können, hier bei seiner gesetzlichen Formulirung in einer höchst bedenklichen Allgemeinheit hängen geblieben ist.[100])

Ebenso wenig folgt eine Beschränkung der Willensherrschaft über die eigene Rechtssphäre aus denjenigen Verbrechen, die zu ihrem Thatbestande erfordern, dass gerade das derelinquirte Interesse Jemandes verletzt sei. Identificirt man nur nicht fälschlich Unrecht und Verbrechen, so widerstreitet das Verbot, einen Einwilligenden zu tödten, dessen Uebertretung art. 216 D. St.G.B. unter Strafe stellt, durchaus nicht der Wahrheit, dass man auf das eigene Leben verzichten darf und die Vernichtung eines solchen preisgegebenen Lebens kein unter Rechtsschutz stehendes Interesse trifft.[101]) Denn durch dies Verbot, dessen Uebertretung die Verletzung eines dem Rechtsschutz entzogenen Interesses erheischt, verfolgt der Gesetzgeber kein anderes Ziel, als welches er mittels Pönalisirung von in abstracto für gefährlich gehaltenen Handlungen erstrebt. Wird auch die Vernichtung des preisgegebenen Lebens bestraft, so wird demselben doch darum kein Strafschutz gewährt. Verleiht doch das Verbot ein Mal grade dem Leben Derer, die nicht auf

[100]) Dass nach der Fassung des D. St.G.B. Fälle, wie die im Text angeführten, als Verbrechen erscheinen, ist um so mehr zu missbilligen, als der Grundgedanke des art. 174 schon wiederholt in der Gesetzgebung einen durchaus angemessenen Ausdruck gefunden hat. Schon die l. unica Cod. IX 10 straft nur, si tutor pupillam suam violata castitate stupraverat. Der Code pénal art. 334 fordert, dass die „corruption a été excitée, favorisée ou facilitée par leurs pères . . . . ou autres personnes chargées de leur surveillance.“ Und nicht nur die preussischen Entwürfe von 1845—1847 straften nur wegen Missbrauchs oder Verleitung zu unzüchtigen Handlungen (vgl. Goltd. Mat. II, S. 291), sondern auch andere Strafgesetzbücher, wie z. B. das österreichische von 1852, § 132, trafen hier die richtigere Fassung. Art. 174, Z. 1 D. St.G.B. reproducirt den §en 142, Z. 1 des Pr. St.G.B., gegen dessen zu enge Fassung sich schon die preussischen Praktiker aussprachen. Vgl. z. B. Leonhardt in Goltd. Arch. IX, S. 588 ff.

[101]) Wenn die heutige Doktrin zwischen der Tödtung eines Einwilligenden und einer Beihilfe zum Selbstmord unterscheidet, so ist dies insofern nicht richtig, als Jeder, der einen Andern „durch ausdrückliches und ernstliches Verlangen . . . . bestimmt“ hat, ihn zu tödten, einen Selbstmord durch intellektuelle Beeinflussung eines Andern begeht. Die Statuirung dieses Unterschiede fliesst zumeist aus der falschen Annahme, als ob sich Urheberschaft und Beihilfe auf objektiver Grundlage von einander unterscheiden lassen.

dasselbe verzichteten insofern einen Schutz, als es den Mörder hindern will, die Einwilligung seines Opfers vorzuschützen. Sodann hofft es aber auch diejenigen Verletzungen Dritter auszuschliessen, als deren Ursache der an sich rechtmässige Tod des Einwilligenden erscheint. Denn werden meine von mir preisgegebenen Interessen auch durch mich selbst oder einen Andern rechtmässig verletzt, so ist darum die Verletzung, von welcher Dritte hierdurch betroffen werden, noch nicht rechtmässig. So werden die Angehörigen des mit seiner Einwilligung Getödteten, indem sie z. B. ihres Ernährers beraubt und dem Elend preisgegeben sind, rechtswidrig verletzt.[102]) Ebenso bezweckt auch die Bestimmung des art. 146 D. St.G.B. nicht, der Körperintegrität Desjenigen einen Schutz zu verleihen, der sich, um dadurch der Wehrpflicht zu entgehen, von einem Andern verstümmeln lässt. Mit dieser Verletzung ist kein Rechtsschutzobjekt getroffen.

Derelinquiren kann man natürlich nur eigene Interessen. Wo daher eine Mehrheit von Rechtssubjekten durch eine und dieselbe Handlung verletzt wird, schliesst die Einwilligung eines Einzelnen nicht die Rechtswidrigkeit der den Uebrigen zugefügten Verletzung aus. Zollt Jemand der unzüchtigen Handlung, durch die ein Anderer öffentliches Aergerniss giebt, Beifall und leistet damit auch für seine Person auf das Interesse Verzicht, dessen rechtswidrige Verletzung art. 183 D. St.G.B. unter Strafe stellt, so erleidet seine Rechtssphäre zwar solche Verletzung nicht. Sein Konsens macht aber, wenn Anderen ein Aergerniss bereitet ist, das Verbrechen nicht wegfällig. Dieses wäre nur da ausgeschlossen, wo der Beifall und die Zustimmung sämmtlicher Anwesenden verhinderte, dass irgend Jemand rechtswidrig verletzt erschiene.[103])

[102]) Ganz richtig hält schon Aristoteles (Ethic. ad Nic. V, 15) den Selbstmord nur insofern für unerlaubt, als der Selbstmörder durch seinen Tod Andere schädigt.

[103]) Nicht richtig ist hiernach das Gerichtssaal Bd. XXIV, S. 463 abgedruckte Reskript des O. St. A. zu Wolfenbüttel, welches den Verbrechensthatbestand auch in einem Falle bejaht, wo die unzüchtige Handlung erwiesenermassen keinem der Anwesenden ein Aergerniss gab. Dasselbe geht von der u. A. auch von Schwarze (vgl. Holtzendorff, Handbuch des D. St.R. Bd. III, S. 322) vertretenen Ansicht aus, die Anwendung des art. 183 erfordere keine rechtswidrige Einwirkung auf eine fremde Rechtssphäre.

Abschnitt III.

Der Schuldbegriff und seine Elemente.

§ 11.

Das Freiheitsproblem im Rechte.

Wo man von einer Schuld spricht, verfolgt man den Entstehungsprocess eines rechtswidrigen Ereignisses bis auf den rechtswidrigen Willen Desjenigen, dem man dasselbe zurechnet. Geht man aber damit — die Entscheidung dieser Frage ist für den Inhalt des Schuldbegriffs von fundamentalster Bedeutung — bis auf den ersten Ursprung dieses rechtswidrigen Ereignisses zurück, oder wird das Zurechnungsurtheil unter Anerkennung der Thatsache gefällt, dass auch unsere Handlungen nur Glieder einer anfangslosen Kette der Kausalität sind? Die heutige Doktrin bejaht bekanntlich das Erstere, indem sie sich für die Freiheit des menschlichen Willens erklärt und in jeder Handlung das Entstehen einer neuen Kausalreihe annimmt. Allerdings verhehlt man sich dabei keineswegs die schweren Bedenken, welche von jeher gegen den Indeterminismus erhoben sind, Bedenken, die den Juristen zum Verzicht auf den Beweis der Freiheit zu veranlassen pflegen. Indem man aber bei Deduktion der Schuld diesen Mangel durch den Satz zu decken sucht, die Freiheit sei ein Postulat nicht nur für alle rechtliche Zurechnung, sondern sogar für die Existenz des Rechtes selbst, scheint damit dem Indeterminismus eine uneinnehmbare Stellung in unserer Wissenschaft gesichert zu sein. Denn so entzieht man sich nicht nur der Beweislast, sondern bricht zugleich den gewichtigsten Angriffen der Widersacher von Vorne herein die Spitze ab. Aus diesem Grunde bezweckt denn auch die nachfolgende Untersuchung, — ganz abgesehn davon, dass dies mein Vermögen über-

steigen würde, — durchaus nicht, das Freiheitsproblem selbst seiner Lösung näher zu rücken. Wohl aber kann und muss geprüft werden, — und vor einer Erörterung dieser Frage darf sich auch die heutige Doktrin nicht vornehm zurückziehen, — ob denn die Freiheit wirklich ein Postulat für das Recht sei, d. h. also, ob die Einzelsätze unserer Wissenschaft mit zwingender Nothwendigkeit auf ein solches Princip hinführen. Ist selbst dies nicht der Fall, so wird die Rechtswissenschaft zu einer scholastischen Disciplin, sobald sie der unbeweisbaren Freiheit dann noch länger ein Asyl bereitet. Darf ich das Resultat, zu welchem ich sowohl in diesem, wie dem folgenden Abschnitte gelange, gleich voranstellen, so kann ich nur sagen: Nicht allein ist die Freiheit kein Postulat für die rechtliche Zurechnung und der Schuldbegriff aus ihr auch gar nicht deducirbar; sondern wir werden im weitern Verlauf unserer Darstellung sogar sehen, dass die indeterministische Doktrin in gewissen Fällen, wo sie mit Recht eine Schuld annimmt, zu derselben nur durch einen völligen Bruch mit ihrem Princip zu gelangen vermag.

Nicht der Schuldbegriff postulirt die Willensfreiheit, sondern ohne sie fällt nur diejenige specielle Ansicht über ihn, welche die Anhänger der absoluten Strafrechtstheorien kraft ihrer Auffassung von Wesen und Bedeutung der Strafe festhalten müssen. Soll die Strafe eine Schuld sühnen, oder soll mittels ihrer eine Vergeltung geübt werden, so muss freilich auch im Willen des Bestraften der erste Ursprung des die Rechtsordnung treffenden Uebels liegen: eine Annahme, die durchaus unnöthig wird, sobald man die Strafe lediglich als Form des Rechtsschutzes betrachtet. Wenn sich aber ohne Willensfreiheit eine Erklärung der Strafe darbietet, so spricht dies nur dagegen, dass ausschliesslich den absoluten Strafrechtstheorien eine wissenschaftliche Berechtigung zukomme. Denn postuliren darf man erst, wo jeder andere Ausweg versagt.[104]) Der Zirkel, in dem sich diese Theorien hier bewegen, wird selbst von besonnenen Vertheidigern des Freiheitsprincips anerkannt. So sagt Heinze[105]), man glaube, gerecht zu strafen, weil man den

---

[104]) Vgl. hier auch die zum Theil treffenden Bemerkungen Jankas: Der strafrechtliche Nothstand, S. 118 ff.

[105]) Vgl. Gerichtssaal Bd. XIII, S. 428.

freien Willen voraussetze, und gehe von der Annahme eines freien Willens aus, weil sonst weder von der Strafe im absoluten Sinne, noch von Gerechtigkeit der Strafe die Rede sein könnte. Löst sich also auch mit dem Aufgeben der Willensfreiheit das von den absoluten Theorien zwischen Schuld und Strafe geknüpfte Band, so bedeutet dies noch nicht gleich die Vernichtung des Schuldbegriffes. Ebensowenig wird dadurch der Bestand des Strafrechts in Frage gestellt, sondern viel eher liesse sich umgekehrt sagen: Wären seine Fundamente nicht so fest gefügt, das Freiheitsdogma würde allmälig im Stande sein, sie zu erschüttern. Dies verdient um so schärfer hervorgehoben zu werden, als unsere Juristen mit Vorliebe zu betonen pflegen, dass nur die Willensfreiheit einen Damm gegen die von Seiten des Materialismus drohende Zersetzung aller rechtlichen Ordnung bilde. Wem dieses Schlagwort den unbefangenen Blick nicht trübt, der wird nemlich unschwer zugeben, dass, wo der Materialismus wirklich Miene macht, unserer Wissenschaft den Todesstreich zu versetzen, nichts Anderes, als nur die indeterministische Jurisprudenz solchem Angriffe seine Schärfe verleiht. Wo je ein Materialist aus der Nothwendigkeit unserer Handlungen auf die Straffreiheit aller Verbrecher schliesst, fällt dieses Resultat lediglich dem Indeterminismus zur Last, der ohne alle Noth und in wahrhaft leichtfertiger Weise das Dilemma stellt, sich zu einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit mit Freiheit zu bekennen, oder aber auf jede strafrechtliche Verantwortlichkeit zu verzichten. Wer also, weil er die Freiheit leugnet, zur Aufhebung aller Strafe gelangt, dessen Fehler besteht darin, dass er solches Dilemma acceptirt und Hand in Hand mit seinen Gegnern die rechtliche Verantwortlichkeit schon mit der Freiheit für beseitigt hält. Oeffnet aber somit die heutige Doktrin, indem sie unsere ganze Wissenschaft auf die gebrechliche Stütze der Freiheit stellt, eigenhändig dem Feinde Thür und Thor, so erwächst uns gar nicht die Aufgabe, gegen den Materialismus die Freiheit, sondern gegen unsere heutigen Juristen den Satz zu vertheidigen: es giebt ein Recht ohne Willensfreiheit.

Zu dem Ende müssen wir freilich darauf bestehen, dass der Begriff der Willensfreiheit in dem ihm allein zukommenden Sinne aufgefasst werde. Der Determinismus erklärt die menschlichen

Handlungen für demselben Kausalitätsgesetz unterworfen, dem die Veränderungen der unbelebten Natur unterthan sind. Wollen seine Widersacher dies also für einen dem Rechte gegenüber unzulänglichen Standpunkt ausgeben, so müssen sie vor Allem eine Willensfreiheit vertheidigen, die auch diesen Namen verdient. Unbegreiflich erscheint aber z. B. das Pochen Derjenigen auf die Willensfreiheit, welche beharrlich verkennen, wie für die Aseïtät des Willens durchaus Nichts aus der von Niemandem bestrittenen Thatsache folgt, dass der einmal fertig gewordene Wille, insofern keine physischen Hindernisse vorhanden sind, was er will, auch thun kann.[106]) Grade die juristische Literatur bietet Beispiele dafür, wie anscheinend recht tief eindringende philosophische Erörterungen in versteckter Weise auf dieser Verwechslung von Willkür mit Freiheit wurzeln.[107]) Besonders verfänglich erscheint jedoch die s. g. relative Freiheit. Sie bildet zumeist den Nothbehelf Derer, welche, obwohl sie einsehen, wie wenig die Zurechnungslehre mit einem Dogma anzufangen vermag, das den handelnden Menschen zum Spielball eines blinden Zufalls stempelt, sich gleichwohl nicht dazu entschliessen können, das Freiheitsprincip fallen zu lassen. Die heutige Wissenschaft bekennt sich freilich fast ausnahmslos zu dieser relativen Freiheit und glaubt in ihr schroff einander gegenüberstehende Gegensätze versöhnt zu haben. Wir aber müssen, wenn auch das Streben, dem Determinismus gerecht werden zu wollen, alle Anerkennung verdient, dennoch zunächst fragen, ob hier ohne völlige Preisgebung der einen oder andern Seite ein mittlerer Standpunkt denkbar ist.[108]) Meines Erachtens handelt es sich um ein Entweder — Oder. Hält der Indeterminismus die

[106]) Niemand hat klarer und eindringlicher, als Schopenhauer (Werke, Bd. IV, Grundprobleme der Ethik, S. 6 und 41 ff.), auseinandergesetzt, in welcher Ausdehnung diese Verwechslung den status causae et controversiae in der Freiheitsfrage verdunkelt.

[107]) Dies trifft z. B. trotz ausdrücklicher Verwahrung ihres Verfassers hiergegen dennoch m. E. die breit angelegten Ausführungen Köstlins N. R. § 20—35, System § 42—47.

[108]) Einen solchen nimmt z. B. Wahlberg (Princip der Individualisirung, S. 75) ein, der einerseits, indem er behauptet, dass weder der Einzelne, noch die Gesetzgebung mit einem motivlosen absolut freien Willen irgend wie eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nachzuweisen wüsste, eine indeterministische

menschliche Handlung für ein grundloses Ereigniss, so weiss man wenigstens, was damit gemeint ist, wenn man sich auch nicht vorzustellen vermag, wie Etwas ohne zureichenden Grund entstehen kann. Aber vor der Ausdenkung des Gedankens, dass eine Handlung weder frei, noch nothwendig sei, und dass man zwar ihre Freiheit nicht behaupten, gleichwohl ihre Nothwendigkeit bestreiten dürfe, davor schwindelt mir wenigstens der Kopf. Die Unfassbarkeit dieses Gedankens hängt sicher nicht mit der Stumpfheit unserer Erkenntnissmittel zusammen; denn vermögen wir auch niemals den Schleier, der das Geheimniss der Freiheitsfrage umhüllt, völlig zu lüften, so braucht man sich doch, um ein Gegner der relativen Freiheit zu sein, nur zu dem meines Wissens bis jetzt noch nicht angefochtenen Satze zu bekennen, dass von zwei einander ausschliessenden Prädikaten ein und demselben Dinge nur eines zukommen könne. — Ein relativ freies Handeln ist ein freies und doch wieder zugleich kein freies. Immerhin mag man ja von einer relativen Freiheit reden, um damit der Thatsache Ausdruck zu geben, dass wir in der auf Motiven beruhenden Handlung einer von den Ursachen im engern Sinne und den Reizen verschiedenen Form des Kausalitätsgesetzes begegnen. Und ebenso lässt sich auch sagen, dass wir im Vergleich zum Thiere frei sind vom unmittelbaren Zwange der anschaulich gegenwärtigen, auf unsern Willen als Motive wirkenden Objekte, indem wir uns unabhängig von denselben nach Gedanken bestimmen. (Schopenhauer.) Damit entrinnen wir aber niemals dem Zwange, zwischen der Alternative zu wählen und uns darüber schlüssig zu werden, ob wir von einer Kausalität der Motive sprechen sollen oder nicht. Haben wir uns für Letzteres entschieden, so ist der Indeterminismus im vollsten Masse in sein Recht eingesetzt und dem Determinismus zugleich eine unzulässige Ausdehnung der Kausalitätskategorie zur Last gelegt. Wählt man aber Ersteres, so erkennt man in der veränderten Form noch das gleiche Princip an und muss dann dem Indeterminismus das Recht absprechen, unsere Willensakte der

Zurechnungslehre für ein Ding der Unmöglichkeit erklärt. Nichts desto weniger bestreitet Wahlberg aber, dass die Abhängigkeit unsers Handelns von der in unserm Karakter vorherrschenden Disposition oder von dem bei der Wahlentscheidung zur Mitwirksamkeit gelangenden Motive Unfreiheit sei.

Kausalitätskategorie zu entziehen. Körperbeschaffenheit, Erziehung, klimatische Einflüsse, Lebensverhältnisse aller Art: entweder wirken sie mit, wo unsere Vorstellungen sich zu Handlungsmotiven steigern, oder unser Handeln bezeichnet in der That den Anfang einer Kausalreihe. Von blossen Beeinflussungen, Bedingungen und Veranlassungen im Gegensatz zu Ursachen, oder, wie selbst ein Leibniz that, von einem blossen Inkliniren im Gegensatz zu einem Necessitiren reden, dies Alles heisst nur die Entscheidung ablehnen. Der Begriff der relativen Freiheit ist ein durchaus widerspruchsvoller. In der Freiheit als einem rein negativen Begriff liegt bereits die Abwesenheit jeglicher Abhängigkeit. Jedes auf die Abschwächung dieser Negativität hinzielende Prädikat ergiebt daher auch schon das Andere der Freiheit. Denn diese, im philosophischen Sinne genommen, lässt nicht etwa, wie die politische Freiheit, Grade zu. Wer behauptet, dass die Verneinung der absoluten Freiheit noch für eine relative Raum lasse, ohne jedesmal schon zur Kategorie der Nothwendigkeit zu führen, hat augenscheinlich eine unrichtige Vorstellung vom Nothwendigkeitsbegriff. Glaubt man nemlich etwa der relativen Freiheit dadurch eine logische Existenzberechtigung schaffen zu können, dass man ihr eine Stellung zwischen der absoluten Freiheit und einer absoluten Nothwendigkeit anweist, so übersieht man völlig den in der letztern liegenden Widerspruch. Gewiss sind unsere Handlungen kein Produkt einer absoluten Nothwendigkeit. Sie deshalb als relativ freie den Ereignissen der unbelebten Natur gegenüberzustellen, wäre aber nur alsdann zulässig, wenn es überhaupt eine andere, als eine bedingte Nothwendigkeit gäbe und Naturereignisse etwa mit absoluter Nothwendigkeit zu Stande kämen. Nothwendig ist nach Schopenhauers[109]) unanfechtbarer Realerklärung, was aus einem gegebenen zureichenden Grunde folgt, eine unbedingte Nothwendigkeit daher genau so unfassbar, wie eine relative Freiheit. Wer meine Handlung, weil sie nicht absolut nothwendig ist, als relativ frei bezeichnet, müsste also auch dem fallenden Steine dies Prädikat zugestehen; denn auch sein Fallen beruht auf keiner absoluten Nothwendigkeit, sondern erfolgt nur beim Vorhandensein eines zureichenden

---

109) a. a. O., S. 7; ferner: Werke, Bd. II, S. 549 ff.

Grundes. Damit schliesst aber die eine absolute Nothwendigkeit verneinende relative Freiheit keine andere Nothwendigkeit in sich, als welche der Determinismus statuirt, wenn er den Willen für unfrei ausgiebt.

Wo wir handeln, haben bestimmte Vorstellungen in uns ursächliche Kraft erlangt. Dass ihnen diese aber zu Theil wird und sie uns also sowohl aus unserer Ruhe heraustreten lassen, als auch der erfolgten Handlung widerstreitende Vorstellungen aus dem Felde geschlagen haben, dies bedingt sich mit durch die Beschaffenheit unseres eigenen Ichs. Die Ansicht Schopenhauers, der die menschliche Handlung für ein nothwendiges Produkt des Karakters und des eingetretenen Motivs ausgiebt, erscheint um so annehmbarer, wenn man erwägt, dass sie einmal jenem dem Determinismus beständig untergeschobenen Gedanken entgegentritt, als ob unser Inneres ein blosser Kanal sei, durch welchen die Kausalität ungehindert ihren Durchzug halte. Zugleich weist sie aber in der Motivation blos als wiederkehrend nach, was überall, wo das Kausalitätsgesetz herrscht, wahrgenommen werden kann. Jede Veränderung ist mitbedingt durch den Karakter und die qualitas occulta des Objekts, an dem sie sich vollzieht. Nur beim Menschen findet sich die individuelle Verschiedenheit des Karakters. Auf niedrigeren Entwickelungsstufen geht dieselbe verloren. Weil z. B. ein und derselbe Stoff auf eine bestimmte Säure überall, wo wir ihn antreffen, gleichmässig reagirt und wir hier die Wirkung, deren Eintritt nicht von einem individuell bestimmten Karakter abhängig ist, sondern sich an jedem Repräsentanten derselben Art gleichmässig äussert, im Voraus ermessen können, so bringt uns dies unschwer zur Anerkennung des Waltens einer Gesetzmässigkeit. Die Entstehungsgeschichte unserer Handlungen scheint dieser Gesetzmässigkeit völlig entrückt zu sein, weil wir hier mit dem Individuum rechnen müssen, und also, selbst wenn wir seinen Karakter völlig ergründet haben, die Rechnung doch immer nur auf den einen Menschen passt.[110]) Dies ist indess nur Schein. Wo sich im Innern zweier Menschen genau die gleiche Vorstellungs-

---

[110]) Vgl. hier die Ausführungen Schopenhauers, Grundprobleme, S. 56, und: Vierfache Wurzel, § 49.

reihe findet, durch sie aber nur der eine von ihnen zum Handeln motivirt wird, spricht dies nicht für die Freiheit Beider, sondern nur für die Verschiedenheit ihres Charakters. Allerdings tritt nach Schopenhauer das Motiv immer mit einem bestimmten Quantum Kraft ausgerüstet auf. Grade aber, weil dasselbe ohne uns nicht kausal werden kann, führt diese Lehre auch nicht, wie Binding meint, dazu, dass nun das Motiv und nicht der Mensch als handelnd erscheint.[111]) Für Schopenhauer bietet sich hier zugleich ein recht solides Fundament zur Begründung einer moralischen Verantwortlichkeit dar.[112]) Und ferner findet er auch an dieser Stelle den Anknüpfungspunkt zur Fortbildung jener Lehre Kants von dem Zusammenbestehen der Freiheit und der Nothwendigkeit, auf die wir hier deshalb unsere Aufmerksamkeit richten müssen, weil sie so vielfach und namentlich auch von Binding zum Ausgangspunkte der Zurechnungslehre genommen wird. Die Kantsche Freiheitslehre eignet sich aber zu nichts weniger, als hierzu. Denn wenn Kant den Willen als Ding an sich für frei, den empirischen Willen aber für unfrei erklärt, so verweist er die Freiheit damit aus der Welt der Phänomene in die Welt der Noumena. Gelangt er trotz der strengen Nothwendigkeit, der er unsere die empirische Realität berührenden Handlungen unterwirft, zu einer intelligiblen Freiheit, so gelingt ihm das nur, weil er getrennte Sphären auseinanderhält und die Resultate theoretischer Erkenntniss nicht mit Ideen reiner Vernunft vermischt. Für Kant ist die Freiheit eine solche Idee der reinen Vernunft. Ein objektives Dasein kann sie — so lehrt uns

---

[111]) Vgl. Binding Normen, II, S. 6 und 7. Wenn Binding annimmt, im Zustande des höchsten Affektes entfalle die Zurechnung grade deshalb, weil das Recht anerkenne, dass der Mensch hier durch die Gewalt des Motivs überrannt werde und einer unwiderstehlichen Gewalt zum Opfer falle, so kann ich diese Begründung nicht für stichhaltig erachten. Nicht weil hier ein Produkt der Nothwendigkeit vorliegt, sondern weil im Zustande des höchsten Affektes das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und somit die Voraussetzung aller Schuld fehlt, deshalb kann dem in solchem Zustande Handelnden nichts zugerechnet werden. Denn nothwendig ist die nach reiflicher Ueberlegung erfolgende Handlung ebenso sehr, wie die im höchsten Affekt begangene.

[112]) Vgl. namentlich: Grundprobleme, S. 93, wo Schopenhauer in glänzender Weise darlegt, weshalb es Niemandem trotz der Nothwendigkeit seiner Handlungen je in den Sinn komme, sich für ein Vergehen durch diese Nothwendigkeit zu entschuldigen und die Schuld von sich auf die Motive zu wälzen.

die Kritik der reinen Vernunft — nicht beanspruchen. Dies wird auch in keiner Weise dadurch geändert, dass die Freiheit als Postulat der praktischen Vernunft erscheint und ein nothwendiges Korrelat des kategorischen Imperativs bildet, der ohne den Schluss vom Sollen auf das Können in der Luft schweben würde.[113]) — Erklärt Kant aber den empirischen Karakter[114]) und dessen in die Sinnenwelt fallende Aeusserungen für unfrei, so sollte man in der juristischen Literatur nicht nur aufhören, den Determinismus blos für eine Ausgeburt des Materialismus auszugeben, sondern man sollte auch erkennen, dass jene metaphysische Freiheit keine taugliche Grundlage für die juristische Zurechnung abgiebt. Früher wurde Kant in dieser Beziehung besser verstanden. Ich will hier ganz von Feuerbach absehen, der, indem er in seiner Revision die Willensfreiheit verwirft, hierzu bekanntlich durch den Kriticismus geleitet ward. Bezeichnend erscheint aber, dass zur Zeit, als Hegels Einfluss den Kants überwog, die Hegelianer unter den Juristen gleichfalls einsahen, wie die kritische Philosophie jeder auf die Willensfreiheit gestellten Zurechnungslehre feindlich entgegentrete.[115]) Kann doch das Recht als Wissenschaft lediglich den empirischen Willen ins Auge fassen. Jeder Versuch, für die Zwecke des Rechts an die transscendentale Freiheit anzuknüpfen, liefert, da von den Ideen der reinen Vernunft kein Pfad zu den Sinneswahrnehmungen unseres Verstandes führt, nur ein Beispiel für eine mehr oder minder geschickt verdeckte *μετάβασις εἰς ἄλλο γένος*. So bemerkt Binding[116]) ganz richtig, dass eine unbedingte

---

[113]) Es ist das Verdienst Langes, in einem von Juristen leider wenig beachteten Aufsatze (abgedruckt in der Deutschen Zeitschrift für Staatsarzneikunde, N. F. Bd. XI. Erlangen, 1858, S. 112—170 und 346—396) den Nachweis geliefert zu haben, dass Kant in der Kritik der praktischen Vernunft weit davon entfernt war, mit den Resultaten der Kritik der reinen Vernunft zu brechen und eine Freiheit mit objektivem Dasein anzuerkennen. Vgl. auch Lange, Geschichte des Mater., Bd. II, S. 59, wo ausgeführt wird, dies geschehe auch selbst dadurch nicht, dass die Freiheitslehre theoretisch wenigstens als möglich von Kant angenommen wird.

[114]) Vgl. z. B. Kr. d. r. V. 1. Aufl. S. 548.

[115]) Vgl. z. B. Köstlin, N. R. S. 139.

[116]) Normen II, S. 10. — Auch Merkel, Abhandll. I, 46, reflektirt auf den intelligiblen Willen, indem er, was nicht auf ihn bezogen werden kann, Naturereigniss nennt. Freilich spielt dieser intelligible Wille in Merkels Ausführungen weiter keine Rolle.

Ursache in der dem Kausalitätsgesetz ausnahmslos verfallenden Welt der Erscheinung keine Stelle findet, und giebt ferner (S. 23) zu, dass das Ding an sich dem Kausalitätsgesetz entrückt ist. Wenn er nichts desto weniger aber zu dem Resultate gelangt, eine unbedingte, somit freie Ursache anzunehmen, sei weit entfernt, unwissenschaftlich zu sein, ja eine Nothwendigkeit für jeden Forscher, so ertheilt er dem sich lediglich auf die phänomenale Welt beziehenden Begriff der Ursache ein nur für die intelligible Welt angemessenes Prädikat. Damit wird fälschlich der Ursachenbegriff in diese, der Freiheitsbegriff aber in jene übertragen. Bezieht sich der Ursachenbegriff lediglich auf die empirische Wirklichkeit, so besteht auch nicht etwa zwischen dem Ding an sich und der Erscheinung ein ursächliches Verhältniss. Keine Wissenschaft kann eine freie unbedingte Ursache statuiren; denn wo die intelligible Welt anfängt, hört grade die Wissenschaft auf. Wie der Jurist die transscendentale Freiheit jemals verwerthen könnte, bleibt auch deshalb unerklärlich, weil, wenn sich hinter der empirischen Realität in der That noch eine intelligible Welt verbirgt, alsdann nicht nur unsere Handlungen, sondern die ganze Welt der Phänomene diesen transscendentalen Hintergrund besitzt. Lässt sich aber die Naturkausalität gleichfalls bis auf ihren in der übersinnlichen Welt heimischen ersten Ursprung verfolgen, so wäre es, wenn denn einmal diese metaphysische Freiheit ausreichend sein soll, eine pure Willkür des Rechts, sie nur beim menschlichen Willen hervorzuheben und nur ihm Etwas zuzurechnen. — Da zur Opposition gegen den Determinismus nur legitimirt ist, wer die Freiheit für eine mit der Nothwendigkeit unserer Handlungen in Widerspruch stehende objektive Thatsache hält, so ist auch nicht wohl einzusehen, welchen Nutzen die unablässige Berufung auf die sog. sittliche Freiheit der indeterministischen Zurechnungslehre zu gewähren vermag. Nennt man Denjenigen sittlich frei, für den die Pflichtvorstellung die Maxime seines Handelns bildet, so scheint einmal, insoweit dem bewusstermassen gegen seine Pflicht und folglich sittlich unfrei handelnden Verbrecher Etwas zugerechnet wird, grade der Schluss unabweisbar, dass die Unfreiheit Princip der Schuld sei. Jedenfalls hat aber, wenn Jemand der Pflichtvorstellung entsprechend handelt, dies durchaus nichts mit einem

objektiven Freiheitsvermögen zu thun, und letzteres wird auch in keiner Weise durch das Freiheitsbewusstsein bewiesen. Dass wir uns beim Handeln praktisch frei fühlen, bildet gewiss ein mächtiges Agens in uns, ohne welches die Geschichte der Menschheit einen ganz andern Lauf genommen hätte. Immer folgt aber daraus doch nur, dass Vorstellungen auch da mit Motivenkraft ausgerüstet sein können, wo das Vorgestellte kein reales Dasein hat. Dem Determinismus fällt es nicht ein, die Thatsächlichkeit des Freiheitsbewusstseins und dass es, wie jede andere Vorstellung, wirke, zu bestreiten; wohl aber bildet es sein Recht, Verwahrung einzulegen, sobald man mittels dialektischer Kunststücke auf Grund der Vorstellung die Realität des Vorgestellten bewiesen zu haben behauptet. Wenn die Wissenschaft, welche Wirklichkeit von Schein zu sondern hat, das Freiheitsbewusstsein nicht zu einer objektiven Thatsache der Freiheit steigern kann, so schädigt sie auch durch solche Enthaltsamkeit in keiner Weise. Denn nicht der Freiheit danken wir, dass es eine sittliche Welt giebt und wir Idealen nachringen, sondern nur der Vorstellung von der Freiheit. Dieser Schein geht aber noch nicht verloren, wenn man ihn als Schein erkennt. Der theoretische Determinismus führt genau so wenig zum praktischen Fatalismus, wie wir, seit Kopernikus uns darüber belehrte, dass die Erde sich um die Sonne dreht, über der mathematischen Nachweisbarkeit dieser Thatsache den Schein eingebüsst haben, als ob die Sonne sich bewege und die Erde stillstehe. Legt aber deshalb heutzutage noch ein Astronom seiner Wissenschaft die Ansicht des Ptolemaeus zu Grunde?

§ 12.

Kritik des Zurechnungsfähigkeitsbegriffs.

Wer die Willensfreiheit für das Princip aller rechtlichen Zurechnung ausgiebt, dem liegt zum Mindesten der Nachweis ob, dass sie bei Fällung jedes Zurechnungsurtheils als ein thatsächliches Moment in Anspruch genommen wird. Allerdings versucht nun die herrschende Ansicht durch den Sinn, den sie mit dem Begriff der Zurechnungsfähigkeit verbindet, dieser durch ihren Ausgangspunkt gebotenen Bedingung nachzukommen. So erklärt z. B. Wahlberg[117]), die Zurechnungsfähigkeit habe nicht nur ein Wissen und Wollen, nicht nur ein Kennen, sondern auch ein Können zur Voraussetzung; und nach Bindings Auffassung besteht die Handlungs- oder Zurechnungsfähigkeit in einem Vermögen, aus unserm Karakter heraus den Reizen Motivenkraft beizulegen; woraus dann weiter abgeleitet wird, zur Schuld genüge nicht, dass Jemand Verbotenes gethan oder Gebotenes unterlassen, sondern dass er jenes gethan und dieses unterlassen habe, während er bei gehöriger Verwerthung des Pflichtmotivs es nicht gethan und nicht unterlassen haben würde.[118]) In Wirklichkeit hat man aber in solchem dem Schuldigen zugeschriebenen Vermögen gar keine objektive Thatsache vor sich. Die Möglichkeit, sich bei vorhandener Pflichtvorstellung ihr gemäss zu verhalten, besagt nichts Anderes, als dass diese Vorstellung, wo sie dem Handelnden innewohnt, nicht jedes Mal eine Niederlage erleide und ihr widerstreitende Vorstellungen nicht jedes Mal einen Sieg über sie er-

---

[117]) a. a. O. S. 61.

[118]) Vgl. Normen, II, S. 71 und S. 119.

ringen. Dies Urtheil erscheint also durchaus angemessen, insoweit es von der Wahrnehmung ausgeht, dass so und so viel Fällen, in denen wir uns durch die Pflichtvorstellung leiten und sowohl vom pflichtwidrigen Handeln abhalten, als zu pflichtmässigem Handeln anhalten lassen, so und so viel andere Fälle gegenüberstehen, in denen diese Vorstellung nicht die Oberhand gewinnt. Durch diese zugegebene Möglichkeit erleidet jedoch die Thatsache, dass die einzelne konkrete pflichtwidrige sowohl, wie pflichtgemässe Handlung nur bei vorhandenem zureichenden Grunde erfolgen kann, nicht den mindesten Abbruch. Denn wie jedes problematische Urtheil, gehört auch dieses lediglich der Reflexion an und sieht von dem Entstehungsprocesse der Einzelerscheinungen, die es umfasst, völlig ab.[119])

---

[119]) Wenn Binding, Normen, II, S. 83 behauptet, denjenigen Geisteskranken, welchen die vorgestellte That als eine verbotene, ja vielleicht als eine strafbare erscheine, fehle zum dolus nur, dass zufolge der Verrückung ihres Vorstellungslebens das Pflichtmotiv nicht genügend wirken könne, weil ihnen die Vernünftigkeit dieses Motivs nicht zum Bewusstsein kommen könne, so muss darauf hingewiesen werden, wie das Pflichtmotiv ausnahmslos in keinem der Fälle, wo Jemand mit rechtswidrigem Bewusstsein handelt, jemals die genügende Stärke besitzt, um sich Geltung zu verschaffen, und solche Stärke nach den thatsächlichen Verhältnissen des konkreten Falles auch niemals gewinnen konnte. In dieser Beziehung liegt also gar kein Unterschied zwischen dem mit rechtswidrigem Bewusstsein handelnden Geisteskranken und dem mit gleichem Bewusstsein handelnden Geistesgesunden vor. Lediglich der Schein eines Unterschiedes entsteht dadurch, dass eben die unserm blossen Denken entspringende Möglichkeit der Wirksamkeit des Pflichtmotivs beim Geistesgesunden unzulässiger Weise zu einem objektiven Vermögen gesteigert wird, der unterliegenden Pflichtvorstellung zum Siege zu verhelfen. Dass die Praxis, wo sie die Willensfreiheit im Einzelfalle thatsächlich feststellt, beständig so verfährt, ist mir in besonders karakteristischer Weise in einem Schwurgerichtsfalle, dem ich als Zuhörer beiwohnte, klar geworden. Der Angeklagte hatte ein Kind zur Befriedigung seiner geschlechtlichen Lüste missbraucht und dann mit unmenschlicher Grausamkeit durch zahllose Messerstiche getödtet. Die Gerichtsärzte sprachen sich für hereditäre Geisteskrankheit aus und behaupteten eine psychische Belastung des Angeklagten, welche die Zurechnung der That ausschlösse. Diesem Gutachten glaubte der Staatsanwalt dadurch entgegentreten zu können, dass er an einen der Gerichtsärzte die Frage richtete, ob er der Meinung sei, Angeklagter habe, als er sein Opfer missbrauchte und tödtete, nicht anders handeln können, als er gehandelt habe. Denn nachdem diese Frage bejaht wurde, berief sich der Staatsanwalt auf das nicht streitige Faktum, dass der Angeklagte kurz vor der That an mehreren andern Kindern das Verbrechen zu begehen beabsichtigt, sich von der Ausführung aber jedes

Dass denn auch die herrschende Ansicht trotz ihrer gegentheiligen Behauptung die Schuld in Wahrheit gar nicht auf ein objektives Vermögen des Schuldigen stützt, die Handlung zu unterlassen, will ich an einigen Beispielen klar zu machen versuchen. Denken wir uns folgende drei Fälle: Es erschiesst Jemand absichtlich einen Andern mit dem Bewusstsein, dass er ein dem Rechtsschutz unterstelltes Leben vernichte. Die Kugel eines Jägers, der auf ein Wild zielt, tödtet einen im Gebüsch versteckt liegenden Schläfer, von dessen Existenz der Jäger keine Ahnung hatte. Und endlich ein sechsjähriges Kind holt die an der Wand hängende geladene Büchse herunter, drückt, weil es früher gesehen hat, dass man auf diese Weise einen Knall hervorbringen könne, den Hahn ab, und der durch das geöffnete Fenster gehende Schuss tödtet einen Vorübergehenden. So einig man sich auch darüber ist, dass die Tödtung nur im ersten Falle zur Schuld zugerechnet wird, so wenig Einigkeit herrscht doch darüber, inwieweit man berechtigt sei, den beiden letztern Fällen gegenüber von einer Zurechnungsfähigkeit zu sprechen. Einerseits sagt man nemlich, der Jäger sei zwar zurechnungsfähig, die That aber unzurechenbar; das Kind hingegen unzurechnungsfähig. Wer diese Ansicht vertritt, schliesst also[1], wo ein Mensch schuldlos einen rechtswidrigen Erfolg verur-

---

Mal durch die Nähe Vorübergehender habe abhalten lassen. Konnte der Angeklagte, so argumentirte der Staatsanwalt, die That zwei, drei Mal unterlassen, so war für ihn, auch als er sie beging, eine Möglichkeit, sie zu unterlassen, vorhanden, und er hat nicht unter dem Einflusse einer zwingenden Nothwendigkeit gehandelt, die freie Willensbestimmung des art. 51 D. St.G.B. liegt dann also auch vor. Diese Deduktion leuchtete den Geschwornen dermassen ein, dass sie den Angeklagten für schuldig erklärten. — Angenommen, derselbe hätte hier mit rechtswidrigem Willen gehandelt, so war es aber doch gewiss fehlerhaft, dass man auf diesem Wege seine Schuld nachweisen zu können wähnte. Würde nemlich die Frage nach der Schuld Jemandes durch eine Untersuchung darüber, ob die inkriminirte Handlung nothwendig gewesen sei, ihrer Lösung näher gerückt werden können, so dürfte selbst dann der zwingende Karakter des der thatsächlich begangenen Handlung zu Grunde liegenden Motivs nicht durch Berufung auf Fälle verneint werden, in denen eine Vorstellung deshalb keine Motivenkraft erlangte, weil ihr andere die Handlung hindernde Vorstellungen von überwiegender Stärke entgegenstanden. Weit davon entfernt, auf das Vorhandensein eines objektiven Freiheitsvermögens schliessen zu lassen, beweisen diese letztern Fälle nur die Abwesenheit eines zureichenden Handlungsgrundes, so dass in ihnen auch gar nicht gehandelt werden konnte.

sachte, die Zurechnung zur Schuld entweder wegen Unzurechenbarkeit, indem er von unzurechenbaren Thaten Zurechnungsfähiger spricht, oder wegen Unzurechnungsfähigkeit aus. Andrerseits wendet man sich gegen diese Unterscheidung und behauptet, die Zurechnung könne immer nur aus einem und demselben Grunde, nemlich nur wegen Unzurechnungsfähigkeit, entfallen. Hiernach würde also in unserm Beispiele Binding, der als Wortführer dieser Ansicht erscheint, nicht nur das Kind, sondern auch den Jäger seiner Unzurechnungsfähigkeit halber für schuldlos halten. Denn im Sinne dieses Schriftstellers fehlt dem Jäger für die zu beurtheilende That die Zurechnungs- oder Handlungsfähigkeit ad hoc. Halten wir nun bei Prüfung dieser letztern Meinung den Indeterminismus daran fest, dass er sich nicht anders treu bleibt, als wenn er nur Denjenigen für zurechnungsfähig hält, der die begangene Handlung ebenso gut, wie er sie begangen hat, auch unterlassen konnte, so erscheint es völlig ungerechtfertigt, dem Jäger die Zurechnungsfähigkeit abzusprechen. Denn wenn man einmal behauptet, der menschliche Wille sei frei, so bezieht sich diese Aussage doch nicht lediglich auf den Willen des Verbrechers, sondern ebensowohl auch auf den des Nichtverbrechers. Gelangt man nichts desto weniger in unserm Beispiele nach der Bindingschen Theorie dazu, nur den Mörder, nicht aber auch den Jäger für zurechnungsfähig zu halten, so darf man hieraus den Schluss, Binding erkläre blos den verbrecherischen Willen für frei, nur deshalb nicht ziehen, weil mit dem Begriff der Handlungs- oder Zurechnungsfähigkeit bei Binding im Laufe seiner Deduktion eine Wandlung vor sich gegangen ist, die ihm überall kein Recht mehr giebt, die Willensfreiheit als Schulderforderniss hinzustellen. Sehr energisch betont nemlich Binding den Unterschied zwischen Handlung und That. Letztere gehöre dem Gebiete des Zufalls an. Im Rechtssinne sei aber Zufall alles Geschehende, was eine einzige ganz bestimmte Ursache nicht habe: die freie menschliche Handlung. Der Wille des Handelnden habe seine Quelle in der Freiheit, der der That in der Gebundenheit. Wird hier auch im Widerspruch mit hergebrachten Auffassungen der Zufall nicht als das Andere der Nothwendigkeit betrachtet, vielmehr umgekehrt grade alles im Banne dieser letztern Stehende für zufällig ausgegeben, so tritt wenigstens bis dahin

immer noch der Gegensatz von Freiheit und Nothwendigkeit als greifbares die Handlung von der That sonderndes Kriterium auf. Wenn nun aber weiter behauptet wird, Handlung und juristisch relevante Handlung seien für den juristischen Sprachgebrauch identisch [120]), so darf man wohl fragen: Was giebt denn anders den Ausschlag für das Dasein einer juristisch relevanten Handlung, als die Beschaffenheit der Vorstellungen, welche den Inhalt des handelnden Willens bilden? Lebt in diesem Willen eine Vorstellung über den rechtlichen Karakter, welcher den Veränderungen, die durch sein Eingreifen in die Wirklichkeit erfolgen, nach objektivem Rechte zukommt, und ist er beim Handeln von dem Bewusstsein erfüllt, Erlaubtes zu thun oder Verbotenes zu begehen, so ist er auch ein rechtlich bedeutsamer Wille. Eine Handlung im Rechtssinne dürfen wir also nur da nicht annehmen, wo der thätig werdende Wille jeder rechtlichen Färbung entbehrt. Vom Jäger, der sich der Jagdlust hingiebt, wird daher auch, insoweit er beim Abdrücken des Gewehrs nicht im Mindesten an die Kategorie des Rechtes denkt, gewiss zu bestreiten sein, dass er eine juristisch relevante Handlung begehe. Wie kann man aber vom indeterministischen Standpunkt aus, wenn man ihn deshalb nur eine That begehen lassen will, die Unfreiheit noch ferner für das Princip der That und seinen Willen für die unfreie Ursache der von ihm bewirkten Tödtung ausgeben? Unterwirft denn, immer vorausgesetzt, dass es irgend welche vom Kausalitätsgesetz nicht beherrschte Willensäusserungen giebt, die rechtliche Unqualificirbarkeit unserer Vorstellungen unser Handeln der Kategorie der Nothwendigkeit, und reisst etwa die Kette der Kausalität überall da ab, wo wir, von Vorstellungen über die rechtlichen Konsequenzen unserer Handlungen erfüllt, thätig werden? Ich sollte meinen, wer die Willensfreiheit vertheidigt, müsste ein für alle Mal den kausalen Karakter eines jeden Handlungsmotives und nicht allein desjenigen bestreiten, auf dem die juristisch relevante Handlung beruht. Wäre mit der Vorstellung, dass wir durch unser Handeln eine Rechtspflicht zu verletzen im Begriff stehen, ein Vermögen, die Handlung zu unterlassen, verknüpft, so bliebe völlig unbe-

[120]) Vgl. z. B. Normen II, S. 168.

greiflich, warum das gleiche Vermögen alsdann nicht auch Demjenigen zugesprochen werden dürfte, dem, wenn auch nicht grade diese specielle, so doch irgend welche andere gleichfalls vom Handeln abmahnende, dennoch aber schliesslich unterliegende Vorstellung innewohnte. Langt Binding bei der Konsequenz an, nur den rechtlich tingirten Willen für zurechnungsfähig zu halten, Unzurechnungsfähigkeit aber überall da zu statuiren, wo der Wille ein rechtlich bedeutungsloser ist, so mag ja das wirkliche Princip der Schuld immerhin auf diesem Wege gefunden werden können. Nur besteht dasselbe dann gewiss nicht in der Willensfreiheit; sondern da jenes Vermögen, die Handlung zu unterlassen, lediglich da nachträglich angehängt wird, wo die zu jeder Schuld erforderliche Vorstellung, der Rechtspflicht zuwider zu handeln, thatsächlich vorliegt, so erscheint dann auch blos der rechtswidrige Wille als Schuldprincip.

Freilich lässt sich der Indeterminismus auch sonst noch vielfach dazu verleiten, die Entscheidung der Frage, ob zu Handlungsmotiven gesteigerte Vorstellungen Ursachen sind, von dem, was vorgestellt ist, abhängig zu machen. Ein bezeichnendes Beispiel liefert hierfür die Bestimmung des art. 52 D. St.G.B., der diejenige Handlung für straflos erklärt, zu welcher der Thäter durch eine Drohung, die mit einer . . . . Gefahr für Leib oder Leben . . . . verbunden war, genöthigt worden ist. Hier hebt der Gesetzgeber die psychologische Nothwendigkeit der Handlung als besondern Strafausschliessungsgrund hervor. Weshalb aber, wenn unser Wille frei ist und Motive also keine Ursachen sind, grade die Drohung, von der wir für Leib und Leben fürchten, einen zwingenden Karakter besitzen soll, sobald wir handeln, um den angedrohten Uebeln zu entgehen, ist durchaus räthselhaft. Wenigstens hat der Indeterminismus angesichts des hier von Dritten auf uns ausgeübten psychologischen Einflusses nicht weniger Grund, von blosser Veranlassung, Bedingung oder Anreiz im Gegensatz zur Ursache zu sprechen, wie er dies z. B. in dem Falle thut, wo Jemand, durch die ihm von einem Andern zugefügte Beleidigung gereizt, darauf losschlägt. Die Bestimmung des art. 52 erscheint auch um so auffälliger, als der Gesetzgeber im art. 54 den Willen des im Nothstand Handelnden für frei hält, seine Handlung aber auf ganz dem

gleichen Motive, wie die des durch Drohungen Gezwungenen, beruht. Beide handeln, um einem gefürchteten Uebel zu entgehen. Wer eine psychologische Nothwendigkeit zugiebt, wo ich Jemanden verletze, damit ein Dritter seine Drohung, eine auf meine Brust gesetzte Pistole abzudrücken, nicht erfülle, darf mich doch auch nicht für frei halten, wenn ich dieselbe Verletzungshandlung aus Furcht davor begehe, dass mich ein wildes Thier zerreisse. Falls er aber hier dem Handlungsmotive keinen zwingenden Karakter beimisst, darf er es auch dort nicht. Der Widerspruch, in den der Gesetzgeber hierdurch geräth, löst sich nicht anders, als wenn man erkennt, dass Strafe und Schuld überhaupt nicht durch Willensfreiheit bedingt sind, der vom Drohenden ausgeübte psychologische Zwang folglich auch keine besondere Hervorhebung verdient. Als wirklicher Strafausschliessungsgrund erscheint demnach im art. 52 grade so, wie im art. 54 das der Verletzungshandlung zu Grunde liegende specielle Motiv, sich oder seine Angehörigen unversehrt zu erhalten. Und ferner ist dann auch dort die Handlung, sobald sie mit rechtswidrigem Bewusstsein begangen wird, trotz der hervorgehobenen Nothwendigkeit genau so, wie hier eine rechtswidrige.

Die Anhänger der von Binding bekämpften Ansicht nehmen, indem sie von unzurechenbaren Thaten Zurechnungsfähiger sprechen, insofern wenigstens einen Anlauf dazu, die Schuld aus der Willensfreiheit herzuleiten, als sie das Dasein eines Vermögens, die begangene Handlung zu unterlassen, nicht willkürlich auf diejenigen Fälle beschränken, in denen ein mit rechtlichem Inhalt erfüllter Wille vorliegt. Weiter erscheint es aber auch von Seiten des Indeterminismus völlig korrekt, wenn er zwei verschiedene Gründe statuirt, aus denen der Verursacher eines rechtswidrigen Erfolges schuldlos sein kann. Die Schuld entfällt dann entweder, weil der Wille, obwohl frei, doch nicht rechtswidrig ist, oder sie entfällt wegen fehlender Willensfreiheit. Da wir aber, wenn der menschliche Wille frei ist, auch angesichts jedes Willens den Beginn einer neuen Kausalreihe behaupten müssen und ein unfreier Wille ein widerspruchsvoller Begriff wäre, so könnte die Zurechnungsfähigkeit streng genommen nur da mangeln und Schuld auf Grund von Unzurechnungsfähigkeit nur ausgeschlossen sein, wo, wie im Schlafe,

im Zustande sinnloser Trunkenheit oder beim physischen Zwange, unsere Körperbewegungen nicht auf Motiven beruhen. Solange man nun die Zurechnungsfähigkeit für ein die Nothwendigkeit der erfolgten Handlung verneinendes Vermögen hält, dürfte also auch im obigen Beispiele das sechsjährige Kind, welches sich das Gewehr herbeiholt und abdrückt, nicht für unzurechnungsfähig gehalten werden. Denn dieses Kind handelt nach Motiven, und sind Motive keine Ursachen, so ist auch sein Wille frei. Erklärt die herrschende Ansicht das Kind trotzdem für unfrei, so geschieht dies, weil auch sie plötzlich dem Freiheitsbegriff einen ganz veränderten Sinn giebt. Indem man nemlich dem Kinde entweder unzulässiger Weise jeden Willen abspricht, oder ihm zwar einen Willen, aber keinen freien zuerkennt, gelangt man zu jeder dieser beiden Annahmen nur auf Grund der unentwickelten Intelligenz des Kindes, so wie davon, dass es sich die Folgen seines Eingreifens in die objektive Welt nur in beschränktem Umfange vorzustellen, vor Allem aber ihre rechtliche Bedeutung gar nicht zu erfassen vermag. Wird das Kind deshalb intellektuell unfrei genannt, dem Erwachsenen wegen seines erweiterten Vorstellungskreises dagegen intellektuelle Freiheit zugesprochen, so mag dies immerhin geschehen. Diese Freiheit besagt jedoch nichts Anderes, als dass, weil uns Vorstellungen zugänglich sind, die in den Intellekt des intellektuell Unfreien keinen Eingang finden, sich in uns auch die einzelne Vorstellung weniger leicht zu einem Motive umsetzt. Dadurch tritt aber die intellektuelle Freiheit mit der Nothwendigkeit unserer Handlungen gar nicht in Widerspruch. Denn komplicirt, ja schafft auch die Ausbreitung des Wissens erst den Konflikt, in dem, während wir überlegen, die vom Handeln abmahnenden Vorstellungen mit den zu ihm hintreibenden stehen, so beruht doch nichts desto weniger immer nur auf Nothwendigkeit, dass grade das bestimmte Motiv, welches der als Resultat unserer Ueberlegung zu Tage tretenden Handlung zu Grunde liegt, schliesslich siegreich geworden ist.

Ob man mit Binding nur die rechtlich relevante Handlung für frei hält oder auch diejenige dafür ausgiebt, die, obwohl sie eines rechtlich relevanten Inhaltes entbehrt, von einem Menschen begangen wurde, dem im Uebrigen die Begriffe von Recht und Unrecht aufgegangen sind, ist im Grunde genommen gleich. Auf die

Willensfreiheit stellt man damit die Schuld in einem Falle so wenig, wie im andern. Dies erhellt ganz deutlich aus der gegen die formelle Zurechnung der hegelianisirenden Juristen gerichteten Polemik Bindings. Mittels ihrer hebt Binding nur einen von ihm selbst begangenen Irrthum hervor. Indem dieser Schriftsteller es beklagt, dass man bei dem Versuche, die Schuld dialektisch zu entwickeln, von dem juristisch farblosen Handlungsbegriffe ausgegangen sei und auf Grund des Verhältnisses, in dem die beiden Handlungsmomente, Wille und That, zu einander stehen, von einer formellen Zurechnung gesprochen habe, hat er darin völlig Recht, dass man immer nur mittels eines Sprunges von diesem Mittelgliede der formellen Zurechnung aus zur Schuld gelangen kann. Denn wird, worauf Binding ganz richtig hinweist, die dolose vollendete Handlung als gediegene Totalität von Willen und That betrachtet, so führt dies unverweigerlich zur Identificirung von Zurechnung mit Zurechnung zur Schuld, von Wollen mit schuldhaftem Wollen: ein Resultat, welches sich gar nicht anders abwehren lässt, als wenn man plötzlich den rechtswidrigen Inhalt des Willens und der Handlung zu Hülfe nimmt und den rechtswidrigen Willen von dem zur Handlung überhaupt tauglichen Willen unterscheidet.[121]) Alsdann ist aber, worin Binding gleichfalls zugestimmt werden muss, nicht mehr der Handlungsbegriff, sondern der Begriff der rechtswidrigen Handlung Schuldprincip. Dies Resultat ist indess gar nicht zu beanstanden, sondern zeigt nur, dass die Schuld nicht auf der Willensfreiheit beruht. Denn soll jene wirklich aus dieser abgeleitet werden, so ist das gewiss nicht falsch, dass man von dem Handlungsbegriff in formeller Beziehung und unter Abstraktion von jedem Inhalte des Willens auszugehen versucht, sondern falsch ist, dass man, obwohl die Existenz des freien Willens schliesslich vom Dasein bestimmt gearteter Vorstellungen abhängig gemacht wird, die gestellte Aufgabe gleichwohl für gelöst ausgiebt. Der Unterschied zwischen den Vertheidigern der formellen Zurechnung und Binding besteht somit nur darin, dass, während jene, um zur Schuld zu gelangen, im letzten Augenblicke nach dem Nothanker des rechtlich relevanten Willensinhalts greifen müssen und den Uebergang von

---

[121]) So Binding Normen II, S. 169 und 170.

der Freiheit zur Schuld erst im Laufe ihrer Deduktion erschleichen, Binding unzulässiger Weise seinem Handlungsbegriff diesen Willensinhalt gleich von Vorne herein mit auf den Weg giebt.

Sobald der Gedanke fallen gelassen wird, die Zurechnungsfähigkeit sei ein mit der Nothwendigkeit der rechtmässigen und rechtswidrigen Handlung in Widerspruch stehendes Vermögen, gelangt man allerdings zu dem Resultate, bei allen Denjenigen, die schuldlos einen rechtswidrigen Erfolg gesetzt haben, die Schuld immer nur aus einem und demselben Grunde zu verneinen. Als solcher Grund erscheint aber niemals die Unzurechnungsfähigkeit, sondern stets nur die Unzurechenbarkeit, d. h. der Mangel eines rechtswidrigen Willens. Dies Resultat ergiebt sich allerdings nur, wenn man den Begriff der Zurechnungsfähigkeit und folglich auch den ihres Gegensatzes richtig erfasst. Soll die Zurechnungsfähigkeit ein Zurechnungsprincip genannt werden, so kann dies nur heissen, dass durch sie ein Moment seinen Ausdruck empfange, welches sich in allen Fällen, wo eine rechtliche Zurechnung Statt findet, gleichmässig antreffen lässt. Wird jeder denkbare Fall der Schuld seiner individuellen Besonderheit entkleidet und nach einem Merkmal gesucht, dem wir bei jeder Schuld begegnen, so stellt sich als solches das Bewusstsein des Schuldigen dar, sich normwidrig zu verhalten.[122] Als allen Fällen, in denen dem rechtmässigen Willen Etwas zugerechnet wird, gemeinsam erscheint dagegen das Bewusstsein von der rechtlichen Erlaubtheit des Gewollten. Sucht man nun das diese beiden einzig denkbaren Arten der rechtlichen Zurechnung mit einander verbindende Princip, welches gar nicht anders gewonnen werden kann, als wenn man vom rechtswidrigen und rechtmässigen Willen aus durch Fallenlassen des sie unterscheidenden Merkmals zu dem nächst höhern Begriff, dem beide Arten subordinirt sind, aufsteigt, so ergiebt sich der die Kategorie des Rechtes kennende Wille. Nenne ich also Jemanden zurechnungsfähig, so ist damit über ihn nur ausgesagt, dass die Idee des Rechtes in seinen Intellekt Eingang gefunden habe und die Kenntniss des rechtlich Statthaften und Verbotenen

---

[122]) Dass es ohne solches Bewusstsein gar keinen rechtswidrigen Willen giebt, darüber vgl. § 14.

zu seinen geistigen Besitzthümern gehöre. Wer für zurechnungsfähig erklärt wird, von dem wird aber blos die Möglichkeit zugegeben, dass ihm Etwas zugerechnet werde; das heisst also: nicht allen seinen Handlungen, sondern nur gegenüber einem Theile derselben findet Zurechnung Statt. Denn die Zurechnungsfähigkeit schliesst nicht aus, dass wir, auch ohne an das Recht zu denken, handeln; ist unser Wille aber selbst rechtlich gefärbt, so leistet sie durchaus noch keine Gewähr dafür, dass wir nicht bei Beurtheilung der den Dingen zukommenden rechtlichen Qualität einem die Zurechnung ausschliessenden Irrthum anheimfallen. Hieraus ergiebt sich, dass, wenn Jemand einen rechtswidrigen Erfolg verursacht und ihm derselbe zur Schuld zugerechnet wird, zwar Nichts im Wege steht, einen solchen Menschen als zurechnungsfähig zu bezeichnen. Denn wer einen rechtswidrigen Willen fassen kann, muss auch das Recht kennen. Irrig wäre es aber, wenn man annehmen wollte, diese seine Zurechnungsfähigkeit bilde ein für den konkreten Schuldfall bedeutsames thatsächliches Moment. Indem sich nemlich der Begriff der Zurechnungsfähigkeit in solcher Allgemeinheit hält, dass er sowohl dem rechtmässigen und rechtswidrigen Willen gegenüber angemessen ist, wie zugleich rechtlich relevantes und irrelevantes Handeln umfasst und nicht minder unbestimmt lässt, ob uns die Kenntniss vom Rechte zur Befolgung oder zur Missachtung der Vorschriften desselben hinführt, sind wir auch zurechnungsfähig nie mit Rücksicht auf den bestimmten Einzelfall, in dem der rechtmässigen oder rechtswidrigen Handlung Etwas zugerechnet wird, sondern nur im Hinblick auf eine unbestimmte Mehrheit von Fällen. Mit Binding von einer Zurechnungs- oder Handlungsfähigkeit ad hoc sprechen, heisst einen Begriff, der nur durch Abstraktion vom Konkreten Gültigkeit und Werth gewinnt, auf die ihm ganz unangemessene Sphäre des Einzelfalles übertragen. Ebenso darf man auch nicht, wie Binding, sagen, Niemand sei in Bezug auf alle seine Willensäusserungen zurechnungsfähig; vielmehr ist man umgekehrt zurechnungsfähig grade nur in Rücksicht auf die Gesammtheit seiner Willensäusserungen. Wollte man die Zurechnungsfähigkeit etwa um deswillen für ein Schuldrequisit ausgeben, weil im konkreten Einzelfalle die Möglichkeit der Zurechnung zu einer Wirklichkeit geworden sei, so würde

dies voraussetzen, dass sich das Mögliche zum Wirklichen wie eine Ursache zu ihrer Folge verhielte. Letzteres hat allerdings die mittelalterliche Philosophie angenommen, dafür pflegt man sie denn aber auch als Scholastik zu bezeichnen.

Wenn ich von der Zurechnungsfähigkeit behaupte, auf sie sei bei Feststellung der Schuld im Einzelfalle durchaus nicht als auf ein thatsächliches Moment zu reflektiren, so folgt daraus nicht, was Köstlin Luden[123]) gegenüber schliessen wollte: dass dies zu der Annahme führe, eine dolose oder kulpose Handlung könne im unzurechnungsfähigen Zustande begangen werden. Aus der hier vertretenen Ansicht ergiebt sich vielmehr, dass auch die Unzurechnungsfähigkeit, als das Andere der Zurechnungsfähigkeit, kein dem konkreten Einzelfalle gegenüber angemessener Begriff ist. Kann man zurechnungsfähig nie mit Rücksicht auf den Einzelfall sein, so darf man in Bezug auf ihn auch nicht unzurechnungsfähig genannt werden. Die Unzurechnungsfähigkeit verneint die Möglichkeit der Zurechnung für den Umkreis einer Mehrheit von Fällen. Dem Einzelfalle gegenüber besagt sie aber deshalb zu viel. Ist es doch für seine Beurtheilung, sobald ich erkannt habe, in ihm fehle es an einem rechtswidrigen Willen, ein völlig überschüssiges Moment, dass rücksichtlich des Betreffenden erklärt wird, er könne auch in anderen weiteren Fällen keinen rechtswidrigen Willen fassen. Betrachtet man die Zustände sinnloser Trunkenheit, des Schlafes, so wie des jede Einsicht in den rechtlichen Karakter der Ereignisse verschleiernden Wahnsinns, so lassen sich die in ihnen Befangenen als Unzurechnungsfähige bezeichnen. Damit ist gesagt, dass sie in einer Mehrheit von Fällen, nemlich allen denen, die sich während der Dauer dieser Zustände ereignen, weder mit einem rechtmässigen, noch einem rechtswidrigen Willen handeln werden. Diese Erwägung hindert aber doch nicht, dass wenn z. B. der sinnlos Trunkene oder der Wahnsinnige die Tödtung Jemandes herbei-

---

[123]) Vgl. Köstlin, N. Rev. S. 134, und Luden, Abhdll. II. S. 72 ff. und S. 202. Wenn Luden bestreitet, dass die Zurechnungsfähigkeit zum allgemeinen Verbrechensthatbestand gehöre, so ist freilich seine specielle Beweisführung nicht stichhaltig. Dies ergiebt sich schon daraus, dass seine Ansicht, konsequent verfolgt, zu dem Resultate führt, als ob es ein Unrecht ohne Zurechnung gäbe.

führt, ihre Schuld für diesen speciellen Fall grade so, wie die des Irrenden, nur ausgeschlossen ist, weil ihnen hier der rechtswidrige Wille gemangelt hat. Das Gleiche gilt auch rücksichtlich unerwachsener Personen, die für die Kategorie des Rechts noch kein Verständniss besitzen. Nur ist speciell bei ihnen Folgendes zu beachten: der Umstand, dass derjenige Grad geistiger Reife, den Jemand besitzen muss, damit ihm Etwas zugerechnet werden könne, nur allmälig gewonnen wird und für die eine Pflicht und die rechtliche Bedeutung des einen Lebensverhältnisses das Verständniss vorhanden sein kann, während es rücksichtlich anderer noch fehlt, dies Alles macht bei im Uebergangsstadium befindlichen Individuen die Entscheidung, ob sie im Einzelfalle mit dem zur Zurechnung erforderlichen Willen gehandelt haben, oft überaus schwer. Indem der Gesetzgeber die hier auftauchenden Beweisschwierigkeiten ein für alle Mal abschneiden will, greift er zu bestimmten durch keinen Gegenbeweis zu entkräftenden Präsumtionen, wie dass z. B. kein noch nicht Zwölfjähriger jemals den zur Schuld erforderlichen rechtswidrigen Willen oder kein noch nicht Einundzwanzigjähriger jemals die Einsicht besitze, welche das Recht zum gültigen Abschluss eines Vertrages erfordere. Aber grade weil wir hier blosse Präsumtionen vor uns haben, erscheint es auch nicht angemessen solche präsumirte Unzurechnungsfähigkeit einer wirklichen gleichzustellen und etwa von jedem noch nicht Zwölfjährigen zu behaupten, er befände sich im Zustande der Unzurechnungsfähigkeit. Dies ist um so weniger zulässig, als die dem art. 55 D. St.G.B. zu Grunde liegende Vermuthung durchaus nicht verhindert, dass ein noch im zwölften Lebensjahre Stehender bereits denselben zur Schuld ausreichenden rechtswidrigen Willen besitze, wie ein im dreizehnten Lebensjahre Stehender. Dass der Betreffende niemals ein Verbrechen begehen kann, schliesst nemlich noch nicht aus, dass er nicht in Schuld gerathen und ein Unrecht begehen könne. Denn bleibt, hier auch infolge der gesetzlichen Präsumtion eine Schuld in Fällen, wo sie vorliegt, rechtlich unbeachtet, so werden die Fälle, bei denen dies geschieht, dadurch noch nicht zu solchen, wo keine Schuld zur Existenz gelangte.

§ 13.

Die Handlung.

Als Handlung müssen wir jede willkürliche Leibesbewegung bezeichnen. Denn bildet auch, wie schon der Name andeutet, die Hand dasjenige Organ, dessen Vermittelung der Wille vornemlich in Anspruch nimmt, um verändernd in die Aussenwelt einzugreifen, so liegt doch kein Grund vor, nicht auch Reden, willkürliche Mienen und Geberden als Handlungen zu betrachten. Von andern Ereignissen unterscheidet sich die Handlung dadurch, dass in ihr das Kausalitätsgesetz in einer bestimmten Gestalt, nemlich der der Motivation, auftritt. Ob eine Handlung vorliegt, kann daher auch nicht von dem Dasein eines besondern Willensinhaltes und bestimmter zu Motiven gesteigerter Vorstellungen abhängen, sondern dies führt höchstens zu Artunterschieden dieses Begriffs. Hiernach ist es völlig zu billigen, wenn art. 51 D. St.G.B. von einer im Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit begangenen Handlung und art. 55 von Handlungen noch nicht Zwölfjähriger spricht — dagegen kann Niemand, wie art. 51 annimmt, in einem Zustande von Bewusstlosigkeit handeln. Denn damit geht, weil unsere Körperbewegungen in solchem Zustande entweder nur Wirkungen blosser Reize oder mechanischer Ursachen sind, das entscheidende Handlungsmerkmal verloren.[124]) Ferner ist es aber

---

[124]) Für die gegentheilige Annahme kann man sich denn auch nicht auf die s. g. actiones liberae in causa und dass ihnen gegenüber Zurechnung zur Schuld Statt findet, berufen. Vgl. hierüber § 16.

richtig, dass art. 52 von einer Handlung auf Seiten des durch Drohungen Gezwungenen spricht (quamvis coactus voluit). Der physisch Gezwungene handelt dahingegen nicht, obwohl derselbe art. dies annimmt. Zerstört Jemand eine fremde Sache dadurch, dass er von einem Andern auf dieselbe gestossen wird, so erfolgt seine Leibesthätigkeit unabhängig von seinem Willen und mit Umgehung desselben, und von einer Handlung würde selbst dann keine Rede sein, wenn der so Gestossene auch noch Zeit gewönne, sich über den rechtlichen Karakter der Beschädigung klar zu werden, welche sein Körper hervorzubringen im Begriff steht. Denn ohne einen das Willens- mit dem Thatmomente verknüpfenden Entschluss giebt es keine Handlung.

Nach dem hier zu Grunde gelegten Handlungsbegriff kann nun der herrschenden Ansicht nicht beigestimmt werden, wenn sie Handlung und Zurechnung für kongruente Begriffe erklärt.[125]) Wäre dies nemlich richtig, so müssten zunächst überall, wo eine Zurechnung Statt findet, Willens- und Thatmoment in demjenigen zeitlichen Verhältniss zu einander stehen, ohne welches wir von keiner Handlung reden dürfen: eine Zurechnung bei zeitlicher Priorität des That- vor dem Willensmomente könnte es dann nicht geben. Die in den §§ 17 und 18 anzustellende Untersuchung wird uns aber zu dem Resultate führen, dass bei den s. g. per omissionem begangenen Kommissivdelikten solches Getrenntsein beider Schuldmomente vorliegt und hier folglich von der Schuld Jemandes geredet wird, der keine rechtswidrige Handlung begangen hat — ein Ergebniss, dem gegenüber der Satz, dass es keine Zurechnung ohne Handlung, keine Schuld ohne rechtswidrige Handlung gebe, seine unbedingte Gültigkeit einbüsst.

Hiervon jedoch abgesehen, werden wir uns schon jetzt darüber klar werden müssen, dass selbst da, wo angesichts einer Schuld Willens- und Thatmoment zur rechtswidrigen Handlung ver-

---

[125]) Dies wird seit Hegel fast allgemein behauptet. Vgl. z. B. Köstlin N. Rev., S. 149, der es als einen durch die weltgeschichtliche Entwickelung des Strafrechts gesicherten Satz hinstellt, dass sich die Begriffe Handlung und Zurechnung decken. Gessler, Begriff und Arten des dolus, S. 84 ff., Binding Normen, II, S. 41: „Sie (die juristische Zurechnung) sagt nicht mehr und nicht minder, als dass eine Handlung im Rechtssinne vorliege.“

einigt auftreten, dieser letztere Begriff nicht die Gesammtheit, sondern nur einen Theil der zur Schuld erforderlichen Momente enthält. Besagt der Handlungsbegriff lediglich, dass wir eine willkürliche Leibesaktion vor uns haben, so ist auch alles durch diese Bewirkte nicht mehr zur Handlung zu rechnen, sondern erscheint bereits als ihre Folge. Dieser Gesichtspunkt geht aber völlig verloren, sobald man Handlung und Zurechnung für identisch erklärt. Der Handlungsbegriff schliesst dann nicht mit dem Vorhandensein unserer Körperbewegung ab, sondern damit wird auch dasjenige durch sie bewirkte Ereigniss, welches zugerechnet wird, als ein integrirender Bestandtheil der Handlung betrachtet. Die Thatsache, dass der Wille Veränderungen bewirkend in die objektive Welt eingriff, genügt nicht mehr, sondern gehandelt hat man solchenfalls nur, wenn sich die objektive Welt dem Inhalte unsers Willens entsprechend gestaltete. Unsere Körperthätigkeit wäre also nicht anders eine Handlung, als wenn sie sich zugleich als Ursache der Veränderungen erwiese, die wir durch sie herbeizuführen trachteten. Wer demnach ein Gewehr abdrückt, würde, wenn der Schuss in die Luft geht, er aber seinen Gegner erschiessen wollte, gar nicht gehandelt haben; wohl aber würde dies der Fall sein, wenn er etwa sein Gewehr losgedrückt hätte, blos um dessen Schussfähigkeit zu erproben. Sobald einmal Wirkungen unserer Körperthätigkeit als zur Handlung gehörig betrachtet werden, kann nemlich die Entscheidung darüber, auf welche von den unendlich vielen hier in Betracht kommenden Folgen es allein ankommt, lediglich vom Willensinhalt des Handelnden, niemals aber von irgend einem objektiven Momente abhängig gemacht werden. Erstrecken sich doch die Wirkungen jedes Ereignisses ins Unendliche und verlaufen niemals im Sande; so dass, wenn man den Handlungsbegriff unabhängig vom Willensinhalt des Handelnden zu bestimmen suchte, nichts Anderes übrig bleiben würde, als alle Folgen unserer Körperthätigkeit zur Handlung zu rechnen. Zu einer fertig abgeschlossenen Handlung würde man aber auf solchem Wege erst am Ende aller Dinge gelangen. Jeder Versuch, dies Resultat abzuwehren, ist vergeblich. So hat man z. B. von Erscheinungen gesprochen, die mit der darauf gerichteten Thätigkeit des Subjekts gleichzeitig einträten und eine unmittelbare untrennbare Wirkung derselben seien. Diese

Handlungen, in denen angeblich eine Einheit zwischen ursächlicher Leibesaktion und ihren Wirkungen zu Tage treten soll, hat man dann mit Handlungen kontrastirt, denen ein Erfolg gegenüberstehe, und als solchen diejenige Wirkung bezeichnet, die sich gewissermassen von der Handlung ablöse, indem sie zugleich die Wirkung eingreifender, von dem Willen des Handelnden nicht völlig abhängiger und noch nach Beendigung seiner Thätigkeit selbstständig wirkender Naturkräfte sei. Die Beispiele, durch welche man dies belegen zu können glaubt, lassen aber den Fehler, an welchem diese ganze Ansicht krankt, deutlich erkennen. Krug[126]), den sein sonst bewiesener Scharfsinn leider nicht davor bewahrt, diesen gradezu abenteuerlichen Gedanken von dem gleichzeitigen Auftreten einer Wirkung mit ihrer Ursache zu vertheidigen, weist nemlich darauf hin, Niemand werde doch z. B. die Bewegung der Füsse einen Erfolg des Gehens oder die Schwärzung des Papiers einen Erfolg des Schreibens nennen. Gewiss thut dies Niemand. Der Grund, weshalb es nicht geschieht, liegt aber nur darin, dass sich weder das Gehen zum Bewegen der Füsse, noch das Schreiben zum Papierschwärzen wie eine Ursache zu einer Wirkung verhält. Der Begriff des Gehens besagt schon, dass man die Füsse und zwar in einer bestimmten, mit einer Ortsveränderung des Gehenden verbundenen Weise bewegt. Ganz ebenso schliesst der Begriff des Schreibens in sich, dass Jemand durch eine bestimmte Bewegung der Hand auf einen Stoff, also z. B. auf Papier, eine bestimmte Wirkung ausübt. Die Bewegung der Füsse ist deshalb keine Wirkung des Gehens, die Schwärzung des Papiers deshalb keine Wirkung des Schreibens, weil sie, die angeblich gleichzeitig mit ihrer Ursache eintreten sollen, schon in dem fälschlich als eine Ursache bezeichneten, in Wahrheit aber bereits Ursache und Folge in sich schliessenden Begriff des Gehens und Schreibens stecken, zwischen einem Begriffe und einem Ereigniss, welches von ihm eingeschlossen wird, aber kein ursächliches Verhältniss bestehen kann. Dass man nicht schreiben kann, ohne den Gegenstand, auf dem man schreibt, zu verändern, also zu schwärzen, falls man mit schwarzer Tinte schreibt, und nicht gehen kann, ohne durch Bewegung seiner Füsse

---

[126]) Vgl. N. Arch. Jahrg. 1854, S. 395 ff.

von einem Ort zum andern zu gelangen, beruht auf einer logischen Nothwendigkeit. Nicht logisch nothwendig ist hingegen, dass meine bestimmte Körperthätigkeit die entsprechende Wirkung hervorgebracht hat; vielmehr ist auch hier der Eintritt der Wirkung ganz ebenso durch das Vorhandensein eines zureichenden Grundes bedingt, wie in dem Falle, wo ich die Ursache zum Tode eines Menschen gesetzt habe, andere mitwirkende Ursachen aber erst nach Abschluss meiner Körperthätigkeit auftreten. Der angebliche Gegensatz entsteht lediglich durch das bei Formulirung der Beispiele eingeschlagene verschiedenartige Verfahren. Vermögen auch, wenn die Hand Buchstaben auf das Papier wirft, unsere Sinne den zwischen Ursache und Wirkung verfliessenden Zeitraum seiner Geringheit halber nicht deutlich zu erfassen, so existirt er doch darum nicht minder. Sage ich, A habe den B getödtet, so liegt hierin, dass der Tod des B die Folge einer Handlung des A ist. Zu einer mit der Ursache untrennbar verbundenen Folge könnte man aber auch hier gelangen, sobald man von einer Handlung des Tödtens spräche. Denn mit dieser Handlung wäre, weil man eben nicht tödten kann, ohne dass der Tod Jemandes eintritt, jedes Mal zugleich auch die Wirkung gegeben.[127])

Nach der hier über den Umfang des Handlungsbegriffs entwickelten Ansicht kann die Handlung das ihr zukommende rechtliche Prädikat lediglich auf Grund des Willensinhalts empfangen, nicht aber auf Grund des rechtlichen Karakters der Ereignisse, denen gegenüber sie sich kausal erweist. Will man dies nicht gelten lassen und also z. B. eine Handlung deshalb als rechtswidrig bezeichnen, weil sie die Ursache eines rechtswidrigen Ereignisses ist, so erscheint dies angesichts der Thatsache, dass eine und dieselbe Körperthätigkeit Wirkungen von rechtlich verschiedener Qualität hat, in keinem einzigen Falle als angemessen. Ist doch die

---

[127]) So wenig es Handlungen giebt, bei denen Ursache und Wirkung gleichzeitig eintreten, so wenig giebt es auch Handlungen ohne Wirkungen. In irgend einer Weise muss jede Körperbewegung die Wirklichkeit verändern, sollte sie auch nur eine Bewegung der Luftschichten hervorbringen. Wenn Stübel (Thatbestand S. 83) als Beispiel solcher wirkungslosen Handlung den Fall anführt, es schlage Jemand nach einem Andern, treffe ihn aber nicht, so beweist dies nur, dass Stübel unzulässiger Weise Wirkung und vorgestellte Wirkung einander gleichstellt.

Körperthätigkeit, welche als Ursache eines rechtswidrigen Ereignisses erscheint, zugleich auch einer Unzahl rechtlich erlaubter Ereignisse gegenüber kausal, und giebt sich vielleicht schon morgen als Ursache eines verbotenen Erfolges zu erkennen, was bis heute nur rechtlich erlaubte Erfolge bewirkt hat. Welche Folgen sollen denn aber den Ausschlag geben? Der herrschenden Ansicht, welche Handlung und Zurechnung für einander deckende Begriffe hält, bietet sich natürlich folgender Ausweg dar: Sie kann die Handlung weder allein nach der Willensbeschaffenheit, noch auch allein nach dem rechtlichen Karakter der Handlungsfolgen prädiciren, sondern muss zu gleicher Zeit Beides ins Auge fassen. Denn jede rechtliche Zurechnung erfordert, dass das Ereigniss, welches zugerechnet wird, die gleiche rechtliche Qualität, wie der Wille besitzt, welchem zugerechnet wird. Einem nicht rechtswidrigen Willen kann ein rechtswidriges Ereigniss grade so wenig zur Schuld zugerechnet werden, wie ein nicht rechtswidriges Ereigniss einem rechtswidrigen Willen. Im Sinne der herrschenden Ansicht liegt also eine rechtswidrige Handlung nicht anders vor, als wo unserer Auffassung zufolge eine rechtswidrige Handlung einen rechtswidrigen Erfolg verursacht hat. Ob man nun aber dies annimmt oder mit uns als rechtswidrige Handlung schon den mit rechtswidrigem Bewusstsein erfüllten, die Wirklichkeit verändernden Willen bezeichnet, ganz einerlei, wovon er Ursache ist, dies möchte sachlich vielleicht für gleichgültig und das Eine für so berechtigt wie das Andere gehalten werden. In der That handelt es sich hier aber um mehr, als um eine blos terminologische Verschiedenheit. Soll dies eingesehen werden, so muss man sowohl den Ursprung solcher Identificirung von Handlung und Zurechnung, als auch die sich an diese Gleichstellung anschliessenden unhaltbaren Konsequenzen betrachten. Wer die Willensfreiheit für das Schuldprincip hält, gelangt, indem er im Willen den Ursprung des zuzurechnenden Ereignisses erblickt, unwillkürlich zu der Annahme, als ob sich die Zurechnungsfrage lediglich auf Grund der objektiven Bedeutung lösen liesse, die der Handlung dem Erfolge gegenüber zukommt. Indem zugleich, wie wir sahen, die Entscheidung darüber, ob ein Wille frei ist oder nicht, vielfach nach der Beschaffenheit der in ihm lebenden Vorstellungen bemessen, und damit

unzulässiger Weise von einem rein subjektiven Momente abhängig gemacht wird, ob unsere Willensakte den letzten Grund des Geschehenen bilden, geht über solchem Verfahren der allein richtige Gesichtspunkt verloren, dass sich das Zurechnungsurtheil aus der Bejahung zweier völlig von einander unabhängigen Fragen zusammensetzt: nemlich der Frage nach dem erforderlichen Willensinhalte und der nach der Willenskausalität. Denn wie kann man Beides auseinanderhalten, wenn man mit der indeterministischen Doktrin beständig der Beschaffenheit der Vorstellungen einen Einfluss auf die objektive Bedeutung der Handlung einräumt? Nur so konnte sich auch jene Meinung Eingang verschaffen, dass die Ereignisse ihren rechtlichen Karakter durch Inhalt und Beschaffenheit des sie verursachenden Willens empfingen. Bestünde solches Abhängigkeitsverhältniss und erschiene also z. B. bei der Schuld der rechtswidrige Karakter der Verletzung, die zugerechnet wird, durch den rechtswidrigen Karakter des kausalen Willens, dem zugerechnet wird, bedingt, so wäre es allerdings durchaus angemessen, die zuzurechnende Folge als Handlungsbestandtheil aufzufassen. Da aber Wille und von ihm Verursachtes von rechtlich verschiedener Qualität sein können, ein rechtswidriger Wille demnach rechtlich statthafte Ereignisse herbeizuführen vermag und rechtswidrige Ereignisse sehr wohl auch von einem nicht rechtswidrigen Willen verursacht werden können, so fällt hierfür jeder zwingende Grund hinweg.

Indem die herrschende Ansicht nicht wohl zugeben darf, dass das bewirkte Ereigniss einen andern rechtlichen Karakter, als der bewirkende Wille besitzt, müsste sie konsequenter Weise, wo nichts Rechtswidriges verursacht und kein Rechtsschutzobjekt getroffen ist, stets auch die Existenz eines rechtswidrigen Willens leugnen. Andrerseits müsste sie aber da, wo sie ein rechtswidriges Ereigniss als vorhanden annimmt, den ursächlichen Willen stets auch für rechtswidrig halten. Diese Konsequenzen sind mit voller Schärfe meines Wissens nur von Binding gezogen. Denn dieser Schriftsteller gelangt in der That dazu, überall, wo eine Handlung keine Ursache eines rechtswidrigen Erfolges ist, höchstens einen Putativdolus anzunehmen: ein Resultat, welches jede Möglichkeit einer mit rechtswidrigem Willen begangenen Versuchshandlung ausschliesst.

Diese beschränkte Auffassung vom Dolusbegriff sucht Binding[128]) dadurch zu rechtfertigen, dass der Wille nichts Anderes sei, als das kausale Moment im Menschen. Eine Ursache des Unmöglichen sei undenkbar, und folglich gebe es auch kein Wollen eines Unmöglichen, sondern höchstens nur einen darauf gerichteten Putativwillen. Ein solcher Schluss wäre aber doch nur unter der Voraussetzung richtig, dass dem Willen wirklich keine andere Seite abgewonnen werden könnte, als die, Ursache von Veränderungen zu sein. Für den Indeterminismus, der in Folge seines Ausgangspunktes sein Augenmerk vor Allem auf die objektive Bedeutung der Handlung richtet, liegt es allerdings ausserordentlich nahe, so zu sprechen. Der Wille ist doch aber auch als erkennender von Bedeutung und gewinnt seinen rechtlichen Werth, unabhängig von seiner Kausalität, grade auf Grund der in ihm lebenden Vorstellungen. Man darf daher auch wohl sagen, trotz der Thatsache, dass der Wille niemals für Unmögliches eine Ursache ist, könne Jemand doch Unmögliches wollen, insoweit er es als solches nicht erkenne. Richtig ist ja, worauf Binding wiederholt hinweist, dass der Wille auf irgend ein ihm zukommendes rechtliches Prädikat nicht eher einen Anspruch zu erheben hat, als wenn er thätig in die Aussenwelt eingreift. Kann es demnach zwar nicht für zulässig erachtet werden, die zum rechtswidrigen Willen erforderlichen Momente lediglich als in der Vorstellung gelegen zu betrachten, wird man vielmehr für jeden rechtlich zu beachtenden Willen zugleich verlangen müssen, dass er sich als Leibesaktion objektivirt habe[129]), so ist hierbei doch andererseits gleichgültig, ob die objektive Welt so gestaltet ist, dass das Vorgestellte in ihr seine Verwirklichung finden kann. Mit echtem dolus kann man rechtlich Erlaubtes herbeiführen: dass der Jagdberechtigte ein Wild tödtet, ist gewiss etwas rechtlich Erlaubtes; wer aber ein im Busch befindliches Reh getroffen hat, weil er dort die Anwesenheit

---

[128]) Vgl. Normen II. S. 106.

[129]) Ob der gleiche Grad der Energie nicht auch dem Willen Desjenigen innewohnt, der den rechtswidrigen Erfolg, welchen er aus seiner vorausgegangenen Thätigkeit entstehen sieht, nicht abzuwenden beschliesst, und ob demnach solcher Wille nicht auch als rechtswidriger prädicirt werden darf, ist eine Frage, die für jetzt noch offen bleibt.

des gehassten Gegners vermuthete und diesen durch den Schuss zu treffen glaubte, der hat sicher nicht mit Putativdolus gehandelt. Mit einem solchen würde etwa handeln, wer die ihm zugehörige Sache in dem Glauben vernichtete, die Verletzung eigener Vermögensinteressen sei verboten. Wirklicher dolus unterscheidet sich von falschem, unechtem, s. g. Putativdolus dadurch, dass, falls dort eintritt, was sich der Handelnde als Folge seiner Körperthätigkeit vorstellt, ein dem objektiven Recht widersprechendes Ereigniss vorliegen würde, während hier der gesammte Willensinhalt wirklich werden kann, ohne dass ein rechtswidriges Ereigniss entsteht. — Inwieweit aber die herrschende Ansicht dazu geführt wird, aus der Existenz eines rechtswidrigen Ereignisses unberechtigter Weise auf das Vorhandensein eines rechtswidrigen Willens zu schliessen, werden wir im folgenden § sehen.

§ 14.

Das rechtswidrige Bewusstsein als Voraussetzung der Schuld.

Ohne das Bewusstsein, dass man einem rechtlichen Verbote zuwider handle, giebt es keine rechtswidrige Handlung. Der Wille, der, mit diesem Bewusstsein versehen, gleichwohl in die Aussenwelt tritt, stellt sich damit in Opposition zum Rechte, welches uns für ihm nicht gemässe Erfolge Ursachen zu setzen verbietet. Denn übertritt der Handelnde dies rechtliche Verbot auch nicht anders, als wenn sich seine Handlung als wirkliche Erfolgsursache ausweist, so liegt doch die Thatsache der Unbotmässigkeit des Willens gegen das Recht, und dass er sich über die mahnende Stimme desselben hinweggesetzt hat, unabhängig von der objektiven Qualität der Handlung vor.

Dass man, um mit rechtswidrigem Willen zu handeln, den Eintritt des verbotenen Erfolges nicht für unvermeidlich zu halten braucht, mag hier nur angedeutet werden. In der Lehre von den Schuldarten werden wir uns darüber Klarheit zu verschaffen suchen, inwieweit einerseits subjektive Ungewissheit über den Eintritt eines verbotenen Erfolges vorhanden sein kann, ohne der Existenz des rechtswidrigen Willens Abbruch zu thun, und warum solcher Wille andrerseits doch nicht schon überall da vorliegt, wo uns beim Handeln der blosse Gedanke durchzuckt, wir könnten im Begriff stehen, die Ursache zu einem verbotene Erfolgen zu setzen. Ebenso mag für jetzt der Hinweis darauf genügen, dass aus dem Verhältniss, in welchem der Eintritt des rechtswidrigen Erfolges und die Erfüllung des Handlungszweckes entweder wirklich oder nach Ansicht des Thäters zu einander stehen, kein für den Begriff des

rechtswidrigen Willens konstitutives Moment fliesst; wenngleich auch hier dahingestellt bleiben muss, ob durch die Verschiedenheit dieses Verhältnisses nicht ein verschiedener Intensitätsgrad des rechtswidrigen Willens und somit eine Basis für seine Zerlegung in Arten gewonnen wird. An dieser Stelle kommt es lediglich darauf an, den an die Spitze gestellten Satz zu behaupten: ohne rechtswidriges Bewusstsein giebt es keinen rechtswidrigen Willen und folglich auch keine Schuld. Denn nur wenn dies gelingt, ist unser Ausgangspunkt richtig, dass jede Schuld einen rechtswidrigen Willen verlange, der einem rechtswidrigen Erfolge gegenüber kausal sei, die rechtswidrige Beschaffenheit des Willens aber grade so gesondert von seiner Kausalität betrachtet werden müsse, wie diese von jener. Wer nemlich von einem unbewusst rechtswidrigen Willen spricht, prädicirt denselben in Wirklichkeit nur auf Grund seines kausalen Verhaltens als einen rechtswidrigen und ist daher schon deshalb nicht in der Lage, Willensinhalt und Willenskausalität als zwei von einander unabhängige Momente behandeln zu können.

Würde man sich angesichts des unbewusst rechtswidrigen Willens noch innerhalb der Schuldkategorie befinden, so müsste solcher Wille vor Allem trotz Eliminirung des rechtswidrigen Bewusstseins gleichwohl noch ein Mehr darbieten, als die blos objektive Eigenschaft, einem rechtswidrigen Erfolge gegenüber ursächlich zu sein. Obwohl nun zur Lösung dieses Problems die mannigfaltigsten Wege betreten sind, haftet doch allen Versuchen, die s. g. unbewusste kulpa als Schuldart zu retten, in karakteristischer Weise ein und derselbe Grundfehler an. Betrachten wir, um denselben kennen zu lernen, zunächst eine der gangbarsten dieser Kulpatheorien. Köstlin[130]) lehrt, wenn die Handlung ins Dasein trete, und statt der im voraus berechneten andere oder neben den berechneten noch weitere, nicht berechnete Umstände eintreten, die einen dem Vorsatz entgegengesetzten Erfolg herbeiführen, so ergebe sich, dass vermöge des allgemeinen Weltzusammenhangs die hinzugetretenen Umstände möglicher Weise hätten voraus erwogen werden können. Damit hörten aber diese Folgen auf, zufällige zu sein, und erschienen vielmehr als mögliche. Der Handelnde habe in einem Irrthum ge-

---

130) Vgl. System, § 64, und N. Rev. § 97.

handelt, den er hätte abwenden können, und den nicht abgewendet zu haben, ihm zur Schuld zugerechnet werden müsse. Diese Schuld sei das Versehen (kulpa). Aehnlich gründet Hälschner[131]) die Zurechnung des fahrlässig herbeigeführten Erfolges darauf, dass der Handelnde, wofern er wollte, den Erfolg auch als einen möglichen einsehen und vermeiden konnte. Das Princip der Zurechnung zur Fahrlässigkeit liegt nach Hälschner darin, dass der an den Willen des Handelnden gestellten Forderung, vorsichtig zu handeln, eine dem Handelnden gewährte Möglichkeit entsprochen habe, den Kausalzusammenhang des nicht beabsichtigten Erfolges und seiner Thätigkeit zu erkennen; ebenso wie diese Möglichkeit sich nur im konkreten Falle und in Rücksicht auf das handelnde Individuum gegen die Unmöglichkeit abgrenzen lasse, ebenso, meint Hälschner, grenze sich auch der fahrlässige Handlungserfolg vom zufälligen ab. Wer aber wie Köstlin und Hälschner argumentirt, hat sich augenscheinlich nicht zum Bewusstsein gebracht, dass, sobald er da, wo eine bestimmte Handlungsfolge nicht vorausgesehen ist, von einer Möglichkeit, sie vorher zu erkennen, spricht, er damit gar kein durch den konkreten Fall an die Hand gegebenes thatsächliches Moment hervorhebt. Wird dem nicht Erkennenden in einem Falle eine Möglichkeit des Erkennens zugeschrieben, in einem andern aber abgesprochen, so hat der Wille dort vor dem Willen hier gar kein rechtlich zu verwerthendes anthropologisches Moment voraus, sondern der ganze Unterschied besteht solchenfalls nur in der subjektiv verschiedenen Betrachtung objektiv völlig gleichartiger Vorliegenschaften. Zum unbewusst rechtswidrigen Willen wird ein Wille nur dadurch gestempelt, dass ich es nicht bei den ihm thatsächlich innewohnenden Vorstellungen bewenden lasse, sondern zu ihnen hinzudenke, was er sich hätte vorstellen können. Denn mag dies Hinzudenken immerhin auch nur da Statt finden, wo ich mir vorstelle, ein mit mässiger Sorgfalt handelnder Durchschnittsmensch würde vorausgesehen haben, was dieser Mensch nicht vorausgesehen hat, so ist damit höchstens nur die Voraussetzung angegeben, unter der ich zu dieser Verstandesoperation schreite. An der Thatsache, dass dieser Mensch nun einmal die bestimmten Vor-

---

[131]) Vgl. System d. Preuss. Strafr. Th. II, S. 157 ff.

stellungen, von denen ich verlange, dass er sie hätte haben sollen, nicht hatte und nicht haben konnte, ändert dies aber Nichts. Konnte dieser Mensch nach dem Nothwendigkeitsgesetz zur Zeit seines Handelns gar keine anderen Vorstellungen besitzen, als grade die welche ihm thatsächlich innewohnten, gleichviel ob sie anschauliche oder abstrakte, also unmittelbar oder mittelbar durch seine Sinne vermittelte gewesen sind, so ist auch sein Wille dem Willen Desjenigen völlig gleich, von dem man, weil man hier die betreffende Verstandesoperation nicht vornimmt, zugiebt, er habe sich Nichtvorgestelltes nicht vorstellen können. Nenne ich aber einen Willen, der, weil er überhaupt nicht an die rechtliche Beschaffenheit der Handlungsfolgen denkt, auch nicht das Bewusstsein besitzt, Verbotenes zu bewirken, einen rechtswidrigen, so lege ich ihm eine Eigenschaft bei, die ihm gar nicht inhärirt, sondern die erst durch mich in ihn hineingelegt wird. Der Wille kann aber verlangen, nach seinen Vorstellungen, nicht nach denjenigen Anderer bemessen zu werden. Nie darf ein Urtheil über ihn dadurch gewonnen werden, dass man an ihn einen andern Massstab der Intelligenz legt, als den, welchen er selbst an die Hand giebt.[132])

Ganz anders scheint Binding das Problem des unbewusst rechtswidrigen Willens zu erfassen. Genauer betrachtet, unterscheidet er sich aber von seinen Vorgängern nur durch konsequentere Durchführung des von ihnen in dieser Lehre begangenen

[132]) Inwieweit auch Diejenigen die kulpa vom kasus nur durch Gegenüberstellung von Abstraktem und Konkretem abgrenzen, welche, wie Thon, a. a. O., S. 78, im fahrlässigen Delikt die absichtliche Uebertretung eines Verbots gefährdender Handlungen erblicken, dafür beziehe ich mich auf die Erörterungen des § 7. Wenn Thon annimmt, wer ein mit Gift gefülltes Glas Wasser an einen Ort stelle, „wo es leicht von einem Dritten genossen werden kann“, gefährde damit menschliches Leben, so übersieht er eben, wie solche Gefährdung nur dadurch entsteht, dass von der objektiven Qualität der betreffenden Handlung im konkreten Einzelfalle abgesehen wird. Denn in diesem verursacht jede solche Handlung entweder einen schädlichen Erfolg oder verursacht ihn nicht. Ein Drittes ist nicht denkbar. Erkennt man, dass, wo ich solches Gift offen hinstellte, aber Niemand davon genoss, der zureichende Grund zur Vernichtung eines Menschenlebens ganz ebenso fehlt, wie er etwa da mangelt, wo ich dies Gift in meinen Schrank einschloss, zu dem Niemand ausser mir den Schlüssel besitzt, so wird man einräumen müssen, dass der Gefahrsbegriff niemals eine Basis abzugeben vermag für eine Differenzirung des Willens und den Umfang, in welchem er als rechtswidriger zu bezeichnen ist.

Fehlers. Gelangt Binding auch auf Grund des Gedankens, der Verbrecher übertrete nicht das Strafgesetz, sondern die demselben begrifflich und zeitlich vorausgehende Norm, zu den erspriesslichsten Resultaten und reinigt in trefflichen Ausführungen den Schuldbegriff von einer Reihe ungehöriger Bestandtheile[133]), so hat doch auch die Normentheorie trotz des grade hierauf verwendeten Scharfsinns den Beweis nicht zu erbringen vermocht, dass es ohne die Vorstellung des Handelnden, er verhalte sich normwidrig, eine Normübertretung geben könne. Denn wenn von ihm einerseits dies behauptet, andrerseits aber mit aller Bestimmtheit der Satz vertheidigt wird, die Normunkenntniss schliesse alle Zurechnung aus, so entsteht die Frage, ob der entscheidende Grund, auf dem dieser letztere Satz beruht, nicht zugleich eine Widerlegung jener ersten Behauptung in sich schliesst. Und in der That liegt hier ein Zwiespalt vor, über den Nichts hinweghilft. Ist das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit für die Schuld unwesentlich, so ist es gleichgültig, ob es dem Handelnden fehlt, weil er die Norm nicht kennt, oder weil er nicht an sie denkt. Binding gelangt hier nur deshalb zu einem Unterschiede, weil er davon ausgeht, selbst bei rechtswidrigem Bewusstsein werde der Schuldbegriff erst durch ein mit diesem Bewusstsein verknüpftes Vermögen, der Pflichtvorstellung zum Siege zu verhelfen, hergestellt. Denn hierdurch verleitet, gründet er die Schuld Desjenigen, der an die ihm bekannte Norm nicht denkt, auf ein Vermögen, sie auf den Plan zu rufen und ihr auf diesem Wege Geltung zu verschaffen, spricht dies Vermögen dem Nichtkenner der Norm hingegen ab. Haben wir aber, wie gezeigt, in solchem Vermögen, sich Nichtvorgestelltes vorzustellen, ebenso wenig eine objektive Thatsache zu erblicken, wie in jenem andern, so bedeutet seine Beschränkung auf den Fall der Normenkenntniss nichts Anderes, als dass blos ihr gegenüber den objektiven Thatsachen ein subjektives Moment eingemischt wird. Warum dies aber nur das eine, nicht auch das andere Mal geschieht, dafür giebt es keinen Grund. Könnte man doch auf demselben Wege ebenso gut auch bei Unkenntniss der Norm eine Schuld an-

[133]) So giebt, um nur Eins anzuführen, die Normentheorie den wahren theoretischen Grund dafür an, weshalb das Bewusstsein der Strafbarkeit kein Requisit des rechtswidrigen Willens bildet.

nehmen, sobald man hier ein Vermögen statuirte, sich von der nicht gekannten Norm eine Kenntniss zu verschaffen.

Gäbe es eine Normübertretung, bei der sich der Wille des Handelnden nicht in Opposition gegen die Norm weiss, so müssten alle Verbote noch einen weitern Inhalt haben, als den, bestimmte Ereignisse nicht herbeizuführen. Dies nimmt denn auch Binding an, indem er behauptet, jede Norm enthielte zugleich ein Gebot der Anspannung der Denkkraft. Ist aber die Existenz eines solchen Gebotes wirklich nachweisbar? Jedenfalls müsste es logischer Weise ein Vermögen, an nicht Gedachtes zu denken, zu seiner Prämisse haben. Schliessen wir nun aber, weil wir dieses Vermögen nicht zugeben können, weiter, dass deshalb das in Frage stehende Gebot auch gar keinen Bestandtheil des Normeninhalts bilde, so könnte man einwenden, hiermit sei zu viel bewiesen, und auf diesem Wege werde das Bestehen aller Normen in Frage gestellt. Denn der Determinismus, so liesse sich sagen, dürfte dann konsequenter Weise auch nicht annehmen, dass sich gegen den mit rechtswidrigem Bewusstsein Handelnden, dem er ja ein Vermögen, anders zu handeln abspricht, ein Verbot richte, die Handlung zu begehen. Werde dort das Nichtvorhandensein der rechtlichen Anforderung aus der Unmöglichkeit, ihr zu entsprechen, geschöpft, so müsse hier ganz das Gleiche geschehen. Nun liegt aber durchaus kein Widerspruch darin, trotz der Nothwendigkeit aller mit rechtswidrigem Bewusstsein begangenen Handlungen von der Existenz eines ihre Unterlassung fordernden Verbotes zu sprechen, gleichwohl jedoch das Gebot der Anspannung der Denkkraft von einem objektiven Vermögen, an nicht Gedachtes zu denken, als Voraussetzung abhängig zu machen. Denn fällt dieses Vermögen, so büsst damit auch dieses Gebot jeden vernünftigen Zweck ein. Die Nothwendigkeit unserer Handlungen macht jedoch jenes Verbot noch nicht zwecklos. Für die vom Recht verfolgten Zwecke ist das Verbot, die normwidrige Handlung zu begehen, nemlich immer noch insofern ein Mittel, als darauf gerechnet wird, dass, wenn wir die Stimme des Rechts vernehmen, wir seinen zu unsern Ohren gedrungenen Willen auch zur Richtschnur unsers Verhaltens machen. Das Recht erwartet, dass die Vorstellung von dem, was es will, als ein vom verbotenen Handeln abhaltendes Motiv fungire. Schlägt

diese Rechnung nun auch bei so und so viel Handelnden, die sich über den Rechtswillen hinwegsetzen, fehl, so ist die Erhebung der Forderung darum doch keine überflüssige. Denn ihren Handlungen stehen so und so viel Fälle gegenüber, in denen der sich in unserm Innern abspielende psychologische Process mit dem Siege der Pflichtvorstellung endet und einen thatsächlichen Verlauf nimmt, an dem die Erhebung der rechtlichen Anforderung den wesentlichsten Antheil hat. Würde also allerdings der mit rechtswidrigem Bewusstsein Handelnde auch ohne den von der Norm an ihn gerichteten Befehl stets den normwidrigen Effekt herbeigeführt haben, so würde doch nicht Jeder, der sich rechtmässig verhalten hat, auch ohne die Statuirung des Verbots in den Schranken des Rechts geblieben sein. Nun braucht man aber nur einen Augenblick dies angebliche Gebot der Anspannung der Denkkraft ins Auge zu fassen, um hier Alles ganz anders zu finden. Wäre solches Gebot, wie Binding behauptet, ebenfalls für den Gesetzgeber ein wahres Mittel zu den von ihm verfolgten Zwecken; würde er uns also im Interesse der Verhinderung normwidriger Erfolge auch die Pflicht auferlegen, darüber nachzudenken, ob wir nicht etwa einen solchen Erfolg zu setzen im Begriff stehen, so müsste doch vor Allem nachweisbar sein, dass die Statuirung solcher Reflexionspflicht die Rechtsordnung in einem einzigen Falle vor einer sie sonst treffenden Verletzung zu bewahren im Stande ist. Mit dem besten Willen lässt sich aber kein Fall ausdenken, in dem dies möglich wäre. Bei dem, der nicht daran denkt, dass sein Handeln einen schädlichen Verlauf nehmen werde, vermag dies Gebot nie ein entsprechendes Nachdenken zu erzeugen. Eben weil das Gebot gar nicht bis zu ihm dringt, lässt sich auch nicht begreifen, wie es im Vorstellungsvermögen eines so Handelnden eine Rolle zu spielen vermöchte. Der Norm, die sich nur mittels eines psychologischen Einflusses wirksam erweisen kann, fehlt hier alle Voraussetzung zur Entfaltung einer Wirksamkeit. Das blosse Gebot, ich solle an Etwas denken, richtet nichts aus, wenn nicht zugleich Sorge dafür getragen ist, dass ich solches Gebot höre. Für den nicht Aufmerksamen ist der von ihm nicht gehörte Befehl, aufmerksam zu sein, also stets ein Luxus. Schreiten wir aber zur Handlung, erst nachdem wir auf das Sorgfältigste nachgedacht haben, was wir thun,

so erscheint solche Prüfung niemals als ein von einer Forderung zum Nachdenken erzeugtes Resultat, sondern wir sind, selbst wenn das Recht diese Forderung wirklich aufgestellt hätte, stets ohne sie zum Nachdenken gelangt. Denn es ist psychologisch ganz unmöglich, dass wir anders nachdenken und den Verlauf unserer Handlungen in Bezug auf seine Rechtmässigkeit anders prüfen, als wenn wir zuvor daran gedacht haben, wir könnten möglicher Weise eine irgend einer Norm zuwiderlaufende Wirkung erzeugen. Fehlt doch, ohne dass dieser Gedanke vorausgegangen, jeder Grund dafür, uns einer Ueberlegung hinzugeben. Mag dieser Gedanke daher entweder die Kraft haben, uns zu weiterm Nachdenken hinzuführen, oder mag ihm hierzu die erforderliche Intensität fehlen, so dass wir, obwohl wir ihn hegen, ohne zu prüfen darauf los handeln, immer befinden wir uns doch nur mit dem Verbote, nicht zu verletzen, dort im Einklang, hier im Widerspruch. Für eine Forderung, aufmerksam zu sein, bleibt aber gar kein Raum übrig.

Die Art und Weise, wie man den kasuellen Erfolg von dem mit unbewusst rechtswidrigem Willen verursachten abzugrenzen sucht, giebt uns ein Recht zu der Behauptung, dass wir auch im unbewusst rechtswidrigen Willen thatsächlich nur die blosse Willenskausalität vor uns haben. Obwohl alle Theorien Derjenigen, welche hier von einer besondern Schuldart sprechen, unerbittlich zu diesem Resultate hinführen, so hat man sich doch bisher sehr wohl gehütet, offen den Satz zu bekennen, die unbewusste kulpa stelle nichts Anderes, als solche Kausalität des Willens einem rechtswidrigen Erfolge gegenüber, dar. Denn damit wäre ja sofort aller Unterschied zwischen dem kasus und dieser angeblichen Schuldart verwischt. So weit ich sehen kann, hat nun Binding allein das Verdienst, vollinhaltlich anerkannt zu haben, was bisher alle seine Vorgänger beharrlich in Abrede stellten. Anstatt aber aus dieser Erkenntniss des wirklichen Sachverhaltes einen Grund gegen die Existenz des unbewusst rechtswidrigen Willens zu schöpfen, lässt sich Binding, um die mit seinem Zugeständniss verbundene Konsequenz abzuwehren, zu einem verhängnissvollen Schritte verleiten. Er untersucht nemlich, ob der zum Handeln Entschlossene nur Das wolle, was er sich vorstellt, oder ob auch Nichtvorgestelltes von ihm gewollt werden könne. Indem er Letzteres bejaht, nennt er

alles Das gewollt, was der zur Handlung vorgeschrittene Wille verursacht hat.[134]) Nun ist freilich kein innerer Grund dafür vorhanden, weshalb man entweder blos alle vorgestellten Handlungsfolgen oder etwa nur diejenigen unter ihnen, welche dem Handlungszwecke dienen, als gewollte bezeichnen dürfte. Aber grade, weil es hierüber keine bindende Vorschrift giebt und sich ebenso gut auch von allem durch den Willen Bewirktem als Gewolltem sprechen lässt, eben deshalb darf auch behufs Entscheidung der Frage, welche Bedeutung das Vorstellungsmoment für die Zurechnung hat, gar nicht vom Begriff des Gewollten ausgegangen werden. Höchstens kann man, wenn denn durchaus die Formel, nur Gewolltes sei zuzurechnen, zu Ehren kommen soll, umgekehrt, nachdem man sich zuvor darüber klar geworden, was zur Zurechnung gehört, dem Begriff des Gewollten nachträglich den durch die vorangegangene Untersuchung bedingten Inhalt geben. — Experimentirt ein Chemiker darauf los, um zu sehen, was bei seinen Mischungen herauskomme, oder hantiert Jemand an einer Dampfmaschine herum, um die Wirkungen der einzelnen Handgriffe zu erproben, so sind dies nach Binding Beispiele dafür, dass nicht nur Vorgestelltes gewollt sein kann, sondern dass wir häufig grade wollen, was wir uns vorzustellen ausser Stande sind. Hier ist jedoch zu beachten, dass der an der Dampfmaschine Herumhantierende jedenfalls irgend eine Vorstellung über den Erfolg seiner Thätigkeit, und wäre es auch nur die, dass er eine Umdrehung des Hahnes bewirken werde, gehabt haben muss. Geht also selbst sein Blick hierüber nicht hinaus, so werden auch Diejenigen, welche dem Bindingschen Sprachgebrauch nicht folgen und nicht alles durch den Willen Verursachte als gewollt bezeichnen, hier doch immer noch von einem Gewollten reden dürfen, welches auch vorgestellt war. Eine Vorstellung wäre ferner schon da, wenn der Handelnde, ohne genau zu wissen, was entstehen werde, nur daran dächte, das Herumdrehn des Hahnes könne weitere Folgen haben. Denn, wenn selbst diese weiteren Folgen in seinem Vorstellungsvermögen keine

---

[134]) Vgl. namentlich Normen, II, S. 112. „Ist der Wille nichts, als das kausale Moment im Menschen, so ist das vom Menschen Verursachte stets gewollt, mag er es sich vorher vorgestellt haben oder nicht.“

scharfen Umrisse annahmen, so muss doch irgend ein Bild von ihnen seinem geistigen Auge vorgelegen haben. Gesetzt also, aus den Manipulationen entstände eine Explosion, durch welche ein Mensch das Leben verlöre, so liesse sich immer noch sagen, der Tod dieses Menschen sei mit rechtswidrigem Willen herbeigeführt, sobald der Handelnde nur die der Wirklichkeit entsprechende Vorstellung hatte, der eintretende Erfolg könne ein rechtswidriger sein, sollte dieser Erfolg auch seiner individuellen Gestalt nach vorher gar nicht in der Vorstellung ausgeprägt gelegen haben. Ist der eingetretene Tod solchenfalls also auch zur Schuld zuzurechnen, ohne dass der Handelnde grade vorher an den Tod eines Menschen dachte, so beweist dies immer noch nicht die Entbehrlichkeit des Vorstellungsmomentes. Auf dieses sind wir, weil unsere Handlungen ins Unendliche fortwirken, für die Zurechnungsfrage angewiesen. Wäre es wirklich statthaft, schon bei blosser Willenskausalität zuzurechnen, so hätten wir dann auch dem Büchsenschmied, der, ohne an einen schädlichen Erfolg seiner Handlung zu denken, Jemandem die Waffe verkauft, mit der nach Jahren ein Mensch erschossen wird, den Tod dieses Menschen zuzurechnen. Denn ursächlich ist seine Handlung hierfür, und Binding müsste solchen Tod daher auch für vom Büchsenschmied gewollt erklären. Dies thut Binding nun freilich nicht, sondern hält sich auf Grund seiner Kausalitätstheorie für berechtigt, in solchem Falle das Bestehen eines Kausalzusammenhanges in Abrede zu stellen. Mit dieser Kausalitätstheorie steht und fällt für ihn recht eigentlich der unbewusst rechtswidrige Wille. Denn sie ist hier grade dazu bestimmt, ein Korrektiv gegen die ungeheuerlichen Konsequenzen zu gewähren, die sich beim Fallenlassen des Vorstellungsmoments für die Zurechnungsfrage ergeben. Da sie aber in Wirklichkeit diese erhofften Dienste gar nicht leisten kann, weil sie, wie der folgende Abschnitt zeigen wird, auf durchaus unhaltbaren Voraussetzungen beruht, so giebt uns dies nur einen Beleg dafür, dass auch Binding auf dem von ihm eingeschlagenen Wege die Existenz des unbewusst rechtswidrigen Willens nicht zu erweisen vermochte. — Erschiene das rein ursächliche Verhalten des Willens als besondere Schuldart neben dem mit rechtswidrigem Bewusstsein verknüpften ursächlichen Verhalten, so müsste diese letztere Schuldart stets

die erstere in sich schliessen. Wäre die kulpa blosse Willenskausalität, so könnte jeder für den bewirkten Erfolg verantwortliche dolus eine durch rechtswidriges Bewusstsein qualificirte kulpa genannt werden. — Der Widerspruch Bindings gegen die Auffassung, welche das kulpose Delikt für das Gegenstück des versuchten dolosen Verbrechens hält und dort von einem Ueberschuss des Thatmoments über das Willensmoment, hier von einem Ueberschuss des Willens- über das Thatmoment spricht, dieser Widerspruch wäre, falls der unbewusst rechtswidrige Wille als ein wahrhaft rechtswidriger erschiene, durchaus begründet. Denn diese Gegenüberstellung hat nur unter der Voraussetzung einen Sinn, dass der unbewusst rechtswidrige Wille in subjektiver Beziehung eben solches rechtlich irrelevantes Null darstellt, wie der strafbare Versuch nach Ansicht der subjektiven Versuchstheorien in objektiver Beziehung darbietet. Liefert also zwar, wer dieser Gegenüberstellung huldigt, damit das triftigste Argument für die Ununterscheidbarkeit der s. g. unbewussten kulpa vom kasus, so erscheint doch die Opposition Bindings hiergegen um so weniger berechtigt, als er selbst grade den unbewusst rechtswidrigen Willen auf die blosse Kausalität gestellt hat.

Mit der hier vertretenen Auffassung fällt nicht die Möglichkeit der Annahme zweier Schuldarten weg, sondern unmöglich wird nur, das rechtswidrige Bewusstsein als ausschliesslich der einen Schuldart dolus zukommendes Kriterium hinzustellen. Dolus und kulpa müssen dann eben einen andern Gegensatz darstellen, als den von bewusst und unbewusst rechtswidrigem Willen. Den letztern dem Schuldgebiete zu erhalten, haben nur die Anhänger der absoluten Strafrechtstheorien ein gegründetes Interesse. Sobald sie nemlich einräumten, ohne rechtswidriges Bewusstsein gäbe es keine Schuld, müssten sie sich angesichts der Thatsache, dass das positive Recht auch beim Mangel dieses Bewusstseins straft, zu dem Zugeständniss bequemen, nicht jedes Verbrechen sei zugleich ein Unrecht. Kann aber z. B. nach positivem Rechte Jemand, ohne das Bewusstsein zu haben, dass er einen rechtswidrigen Erfolg herbeiführe, das Verbrechen der fahrlässigen Tödtung da begehen, wo Andere von ihm denken, ein Dritter hätte an seiner Stelle diesen Erfolg vorhergesehen, so zwingt uns dies nicht zur Annahme eines unbewusst

rechtswidrigen Willens, sondern liefert nur einen Beweis mehr dafür, dass die Strafe keine Unrechtsfolge ist. Inwieweit sich die Bestrafung des ohne rechtswidriges Bewusstsein Handelnden rechtfertigen lässt, interessirt uns hier nicht, da wir nur den Umfang ins Auge fassen, der dem Begriff des rechtswidrigen Willens zukommt. Ich bin allerdings der Ansicht, dass sich die Strafe, wo sie auch nur die mangelnde Einsicht trifft, immer noch als eine Form des Rechtsschutzes zu erweisen vermag. Wenigstens sprechen die Gründe, aus denen dem Gebote der Aufmerksamkeitspflicht jede psychologische Einwirkung auf unsern Intellekt abgesprochen werden musste, nicht zugleich für die Unwirksamkeit der den Unaufmerksamen treffenden Strafe.[135]) Indem ich dies aber annehme, verfalle ich nicht dem Zwange, rein strafpolitischen Erwägungen einen Einfluss auf den Inhalt des Schuldbegriffs einräumen zu müssen. Halte ich mich hier auf Grund meiner früher (§ 5) über Wesen und Bedeutung der Strafe entwickelten Ansichten für berechtigt, die Strafe in einem Falle für zulässig zu erklären, wo m. E. keine Schuld vorliegt, so trete ich damit zwar in Widerspruch zu dem von der Mehrzahl unserer Juristen für unantastbar gehaltenen Dogma, jede Strafe setze eine Schuld voraus. Dass aber diesem Satze eine einschneidende materielle Bedeutung zukomme und seine Bekenner irgend welchen Anlass hätten, ihn beständig als eine werthvolle Errungenschaft des modernen Strafrechts zu preisen, davon habe ich mich bis jetzt nicht zu überzeugen vermocht. Grade die Lehre

---

[135]) Ergiebt eine richtige Auffassung vom Kausalitätsbegriffe, dass wohl zu jedem rechtswidrigen Erfolge eine Mehrheit von handelnden Menschen mitwirkt, denen das rechtswidrige Bewusstsein fehlt, und führt ferner, wenn wir in der unbewusst rechtswidrigen Handlung der blossen Willenskausalität gegenüberstehen, die rein subjektive Erwägung, ob sie von einem Andern, vorsichtiger Handelnden begangen worden wäre, zu keinem sichern Prinzip, nach welchem diese Handlung aus der Zahl aller übrigen hervorgehoben zu werden vermöchte, so ist freilich eine andere Frage, ob nicht der Gesetzgeber, sobald er auch beim Mangel des rechtswidrigen Bewusstseins strafen will, die äussere Beschaffenheit der Handlung speciell anzugeben und den Weg näher zu bezeichnen habe, auf dem der Erfolg hervorgebracht sein muss, damit Strafe eintrete. Grade weil die unbewusst rechtswidrige Handlung für den Erfolg nur von objektiver Bedeutung ist, erscheint z. B. die allgemeine Bestimmung, welche das fahrlässige Verursachen einer Tödtung unter Strafe stellt, insoweit sie sich mit auf die s. g. unbewusste kulpa bezieht, höchst bedenklich.

von der sog. unbewussten kulpa zeigt nemlich, wie wenig er die Vertheidiger der absoluten Strafrechtstheorien dahin führt, die Strafe in denjenigen Fällen auszuschliessen, wo wir sie trotz fehlender Schuld für angezeigt halten. Der ganze Unterschied besteht allein darin, dass während wir vielfach, wo unsers Erachtens mit Grund gestraft wird, keine Schuld mehr zu erblicken vermögen, unsere Gegner umgekehrt, nur um die Strafe im absoluten Sinne nicht opfern zu müssen, ein für alle Mal da, wo das positive Recht Strafe verhängt, auch von einer Schuld sprechen. So erlangen sie allerdings die formelle Berechtigung, die Schuld für eine unentbehrliche Voraussetzung der Strafe ausgeben zu dürfen. Da sich aber der Schuldbegriff auf diesem Wege völlig zu verflüchtigen droht, so scheint mir wenigstens dies Dogma um solchen Preis zu theuer erkauft zu werden.

Abschnitt IV.

Das Thatmoment.

§ 15.

Die Kausalität der Handlung.

Will der Jurist die Frage beantworten, wann eine Handlung als Ursache eines zeitlich auf sie folgenden Ereignisses zu betrachten sei, so ist kein Grund erfindlich, warum er hierbei zu einem andern Resultate, als etwa der Naturforscher gelangen sollte. Keinenfalls erheischt die Schuldlehre — und um diesen Nachweis handelt es sich jetzt — die Aufstellung einer eigenen juristischen Kausalitätstheorie, sondern dass man eine solche für nothwendig hält, legt nur Zeugniss für die Verderblichkeit der Konsequenzen ab, zu denen das Freiheitsprincip die Doktrin führt. Unter den wenigen Juristen, die es unternehmen, dem Kausalitätsbegriff einen möglichst der Natur der Sache entsprechenden Inhalt zu geben, ist vor Allem v. Buri hervorzuheben.[136]) Gegenüber v. Bar[137]), der

[136]) Vgl. dessen zahlreiche theils in Goltd. Arch., theils im Gerichtssaal abgedruckten Abhandlungen, so wie namentlich die Schrift: „Ueber Kausalität und deren Verantwortung", Leipzig, 1873. — Wenn ich mich trotz der wesentlichen Uebereinstimmung, in der ich mich mit dem v. Burischen Kausalitätsbegriff befinde, dennoch in den §§ 17 und 18 gegen die von v. Buri aufgestellte Theorie der Unterlassungsverbrechen zu erklären habe, so geschieht dies, weil v. Buri in jener Lehre völlig in den Fehler seiner Gegner verfällt. — Dass auch dieser Schriftsteller die Schuld auf die Willensfreiheit basirt, muss um so mehr befremden, als seine richtige Ansicht vom Kausalitätsbegriffe den schlagendsten Protest gegen die Möglichkeit einer indeterministischen Schuldlehre in sich schliesst und die zahlreichen Gegner seiner Theorie dieselbe — freilich immer nur mittels eines argumentum ad hominem — unter Hinweis auf die von v. Buri zugegebene Freiheit des menschlichen Willens zurückzuweisen ein Recht haben.

[137]) Vgl. besonders dessen „Lehre vom Kausalzusammenhang", Leipzig, 1871.

zwischen Ursachen und Bedingungen unterscheidet, was Ursache eines Ereignisses sei, aber davon abhängig machen will, ob dies letztere vom physischen, moralischen oder juristischen Standpunkt aus betrachtet werde, betont v. Buri in entschiedenster Weise, dass ein Kausalzusammenhang immer nur physisch, nie aber juristisch oder moralisch untersucht werden könne. Dies zu vertheidigen, ist durchaus nicht überflüssig. Denn wie allgemein verbreitet die Grundansicht v. Bars ist, folgt schon aus den Prädikaten, mit denen die Juristen den Begriff des Kausalzusammenhangs zu versehen pflegen. So erscheint neben der bedenklichen Tautologie des „physischen" und „objektiven"[138]) Kausalzusammenhangs nicht nur ein „juristischer" oder gar „subjektiver," sondern wir begegnen in der Literatur sogar einem „logischen" Kausalzusammenhange.[139])

Jede Wirkung ist, wie Schopenhauer lehrt[140]), eine Veränderung eines bestehenden Zustandes und giebt, weil sie nicht schon früher eingetreten, unfehlbare Anweisung auf eine andere ihr vorhergegangene Veränderung, welche in Beziehung auf sie Ursache, in Beziehung auf eine dritte ihr selbst wieder nothwendig vorhergegangene Veränderung aber Wirkung heisst. So sind auch

---

[138]) Vgl. z. B. Ortmann, Gerichtssaal, Bd. XXVI, S. 439.

[139]) So Gessler: Begriff und Arten des dolus, S. 255 in der Note.

[140]) Vgl. Schopenhauer, Werke Bd. I, Vierfache Wurzel des Satzes vom zureichenden Grunde, S. 34 ff. Mit Recht macht Schopenhauer daselbst darauf aufmerksam, dass, da sich das Kausalitätsgesetz lediglich auf Veränderungen bezieht, ein gründlicher Sprachgebrauch auch vermeiden sollte, etwas Anderes, als Veränderungen, z. B. Objekte, Ursachen zu nennen. Ausser Objekten pflegt aber auch zuweilen fälschlich eine zu einem Begriff zusammengefasste Mehrheit von Ereignissen als eine Ursache oder eine Wirkung bezeichnet zu werden. So weist z. B. v. Bar (vgl. das Citat: Gerichtssaal Bd. XXIX, S. 290), um zu zeigen, dass nicht jede Bedingung eine Ursache sei, darauf hin, Niemand werde doch die Ursache der Niederlage einer Heeresabtheilung darin finden, dass die Feinde von ihren Waffen Gebrauch gemacht hätten. Genau betrachtet liegt hier aber nur deshalb kein ursächliches Verhältniss vor, weil die Niederlage einer Heeresabtheilung ein Begriff ist, der eine Summe einzelner Ereignisse in sich schliesst. Er besagt, dass so und so viele Soldaten verwundet, so und so viele getödtet, in die Flucht geschlagen, gefangen sind u. s. w., umfasst also alle diese an Tausenden zum Vorschein tretenden Ereignisse. Sobald man dies beachtet, erscheint es durchaus zulässig, zu sagen, dass der Soldat A seine Waffe gebraucht habe, sei die Ursache für den Tod des Soldaten B.

alle Handlungen in ihrer Eigenschaft als Veränderungen der empirischen Realität: Ursachen im Hinblick auf das durch sie Bewirkte, Wirkungen mit Rücksicht auf das sie Bewirkende. In ursächlichem Zusammenhang stehen nun zwei ungleichzeitig eintretende Ereignisse mit einander — sie mögen Handlungen sein oder nicht —, sobald das spätere, um wirklich zu werden, des Daseins des ihm zeitlich vorausgehenden bedurfte und ohne dasselbe nicht existent werden konnte. Ist das zeitlich frühere solchenfalls die Ursache des spätern, so kann aber auch in Anbetracht des Umstandes, dass diese Ursache zugleich als Wirkung eines ihr vorangegangenen und ihr ursächlich gegenüberstehenden Ereignisses erscheint und so weiter fort ins Unendliche, so kann, sage ich, kein Ereigniss blos eine einzige Ursache haben, sondern jedes muss das Produkt einer unendlichen Anzahl ursächlicher Momente bilden. Diese lassen sich in ihrer Totalität als Ursache im w. S. bezeichnen, jedes einzelne von ihnen darf aber entweder eine Bedingung oder eine Ursache im e. S. genannt werden. Ich bediene mich stets des letztern Ausdrucks und verstehe, wo ich von einer Ursache schlechtweg rede, darunter immer eine Ursache im e. S. Nur muss man einen konstanten Sprachgebrauch beobachten, um nicht den Schein zu erwecken, als ob sich Bedingungen und Ursachen im e. S. von einander unterschieden. — Jede Handlung kann, als dem allgemeinen Weltzusammenhang angehörig, also auch immer nur gemeinsam mit einer unendlichen Anzahl mitwirkender Ursachen einem Ereigniss ursächlich gegenüberstehen. Um einer Handlung Etwas zurechnen zu können, ist nicht nur nicht nöthig, dass sie alleinige Ursache des Erfolges sei, dessen Zurechnung in Frage steht, sondern es ist schlechterdings verwerflich, überhaupt einen Fall für möglich zu halten, in dem die Handlung dies wäre. Hiernach ist aber zur Schuld rücksichtlich des Thatmomentes nie mehr als Mitwirkung zum Erfolge zu fordern. Ist ein früheres Ereigniss nicht anders die Ursache eines ihm nachfolgenden spätern, als wenn es für dessen Wirklichwerden nothwendig war, lässt aber der Nothwendigkeitsbegriff keine Grade und Abstufungen zu, so ergiebt sich hieraus die von v. Buri[141]) mit Recht für einen Angel-

[141]) Vgl. z. B. die Erörterungen Gerichtssaal Bd. XXII, S. 1—7, und Kausalität S. 1, woselbst v. Buri jede einzige Einzelkraft als Erfolgs-

punkt seiner Theorie gehaltene objektive Gleichwerthigkeit aller mitwirkenden Ursachen für den von ihnen hervorgebrachten Erfolg. Keine einzige dieser sämmtlichen Ursachen kann dann hinsichtlich ihrer Bedeutung für das Zustandekommen des Erfolges irgend welchen Vorzug vor der andern in Anspruch nehmen. — Alles dies darf man natürlich nicht zugeben, sobald man Willensfreiheit zur Schuld verlangt. Soll die Handlung des Schuldigen das Wunder einer neu anhebenden Kausalreihe bezeichnen, so muss sie den Verlauf der Naturkausalität unterbrechen und als ein diese störendes und ihr feindliches Element erscheinen. Zu einer Schuld gelangt man dabei aber nicht anders, als wenn man den Begriff des Kausalzusammenhanges nach doppelter Richtung hin einschränkt: Zunächst müssen nemlich die zeitlich vor der Handlung des Schuldigen liegenden und mit ihr in ursächlichem Zusammenhang stehenden Erfolgsursachen in dieser ihrer Qualität beseitigt werden. Denn sobald man sie als solche anerkennen und also z. B. zugeben würde, dass der Urahn des Mörders durch den betreffenden Zeugungsakt oder der Fabrikant der Mordwaffe durch ihre Verfertigung eine Ursache zum Tode des Ermordeten gesetzt hätte, wäre der Widerspruch, zu dem das Freiheitsprincip führt, doch allzu handgreiflich. Wo eine Ursache vorliegt, ist die Wirkung unausbleiblich. Stände also die Nothwendigkeit der Ermordung bereits vor der Handlung des Mörders objektiv fest, so könnte ja auch dieser nicht das angebliche Vermögen besitzen, seine den Erfolg herbeiführende Handlung zu unterlassen. Damit aber nicht genug, müsste konsequenter Weise auch jede erst nach der Handlung auftretende Erfolgsursache als Hinderniss der Zurechnung erscheinen. Den Satz: causa causae est causa causati darf eine dem Indeterminismus huldigende Doktrin nicht anerkennen. Vielmehr liegt ihr ob, die Handlung des Schuldigen als einzige Erfolgsursache darzustellen oder doch zum Mindesten den Nachweis zu liefern, dass die objektive Bedeutung der Handlung die aller übrigen mitwirkenden Einzelmomente überrage. Geschieht dies Alles nicht,

---

ursache bezeichnet, weil der Erfolg so sehr von ihr abhänge, dass er zusammenfalle, wenn sie aus dem Kausalzusammenhange ausgeschieden werde. Jede dieser Einzelkräfte verleihe der, wenn man von ihr absieht, todten Masse aller übrigen erst die Lebenskraft, jede mache alle übrigen kausal.

so könnte jeder Verbrecher mit Fug und Recht der indeterministischen Doktrin gegenüber einwenden, es beruhe auf reiner Willkür, dass der Ursprung des Geschehenen grade in seiner Handlung gefunden werde. Der Tod des von ihm Ermordeten, vermöchte er mit Luden zu sagen, sei nicht von ihm hervorgebracht, „wenn die Ursache desselben zugleich noch in der Mitwirkung anderer Kräfte liege".[142]) Obwohl nun durch ein Fallenlassen des Freiheitsprincips diesen und ähnlichen Bedenken sofort die Spitze abgebrochen wäre, zieht man es vor, den Kausalitätsbegriff zum Nutzen und Frommen dieses angeblichen Postulats aller Zurechnung in willkürlichster Weise zu behandeln. Behauptet v. Bar, dem hier im Resultate Binding[143]) zustimmt, der Urahn des Mörders und der Waffenfabrikant hätten eine blosse Bedingung für den Tod des Ermordeten gesetzt, der gesunde Menschenverstand sträube sich aber vor der ungeheuerlichen Annahme, ihnen Ursachenqualität zuzuschreiben[144]), so darf man wohl sagen: dass die betreffenden Personen mittels ihrer Thätigkeit Erfolgsursachen setzten, braucht um so weniger in Abrede gestellt zu werden, als aus solchem Zugeständniss durchaus noch nicht ihre Verantwortlichkeit für den Tod des Ermordeten folgt, aus ihrer Kausalität

[142]) So Luden, Abhdll. Bd. II, S. 287. Derselbe meint, die Mitwirkung anderer Kräfte für die Tödtung lasse ebensowenig zu, dass man sage, der Tod sei durch diesen Menschen bewirkt, wie man Jemanden für einen Dieb halten könne, dem ein Anderer die Sache, welche er eben ergreifen wollte, unter der Hand wegnimmt. Dieser Vergleich ist jedoch völlig verfehlt. Denn anstatt zu beweisen, dass die Mitwirkung fremder Kräfte die eigene Kausalität ausschliesse, beweist er nur, dass man ohne Mitwirkung zum Erfolge nicht kausal sein kann. Kommt mir ein Anderer in der Besitzergreifung einer Sache zuvor, so ist eben, weil ich dann gar kein mitwirkendes Moment zu diesem Erfolge gesetzt habe, auch nicht die Rede davon, dass wir zusammen den Erfolg bewirkt hätten. — Vgl. auch Gessler: dolus, S. 219, welcher den Mangel eines Kausalzusammenhanges zwischen Thätigkeit und Erfolg schon aus der Thatsache entnimmt, dass eine andere Ursache den Erfolg herbeigeführt habe.

[143]) Vgl. v. Bar, Kausalzusammenhang, S. 5. Binding, Normen, II, S. 113.

[144]) Wenn v. Bar sagt, diese Personen seien nicht Ursachen des Verbrechens, so scheint mir dies schon deshalb nicht ganz korrekt zu sein, weil man überhaupt nur Ereignisse verursachen kann. Der Verbrechens- und Unrechtsbegriff schliesst in sich, dass ein Ereigniss einer ihm vorausgehenden rechtswidrigen Handung zugerechnet worden ist. Das Verbrechen des Mordes kann man also überhaupt nicht verursachen; verursacht werden kann nur das physische Ereigniss des Todes.

auf ihre Verantwortlichkeit zu schliessen, vielmehr nur eine vom Indeterminismus gezogene Konsequenz bildet. Lediglich gegen diesen Schluss, dessen sich die Anhänger der indeterministischen Schuldlehre, sobald sie konsequent sind, gar nicht erwehren können, hat der gesunde Menschenverstand Anlass, sich zu sträuben. Ist man aber für einen rechtswidrigen Erfolg, den man verursachte, nicht verantwortlich, wenn man nicht zugleich mit dem zur Schuld erforderlichen rechtswidrigen Willen handelte, so kann auch in den angeführten Beispielen der kausale Karakter der betreffenden Handlungen ruhig zugegeben werden, ohne dass man zu dem völlig nichtssagenden Unterschied zwischen Ursache und Bedingung seine Zuflucht zu nehmen braucht.

Grade hier muss klar werden, dass die Willensfreiheit, weit davon entfernt, ein Postulat zu sein, zu den schreiendsten Widersprüchen führt. Denn gesetzt, wir erhielten selbst durch die Unterscheidung zwischen Ursachen und Bedingungen nicht nur dem Scheine nach, sondern wirklich die Berechtigung, für jedes Ereigniss nur eine Ursache anzunehmen, so könnte der Indeterminismus für keinen Erfolg mehr als eine einzige Person, verantwortlich erklären. Wie die Gegner des Satzes, dass alle Verursachung eines Erfolges nur Mitwirkung zu demselben ist, zu dem Resultate zu gelangen vermögen, einen und denselben Erfolg Mehreren zur Schuld zuzurechnen, bleibt völlig räthselhaft. Sie müssten sich denn etwa zu dem Satze bekennen, in Schuld könne Jemand auch gerathen, ohne den Erfolg verursacht zu haben. Den hier vorhandenen Widerspruch zu heben, bildet die Aufgabe der Lehre von der sog. Theilnahme und ihren drei Formen, der Mitthäterschaft (Miturheberschaft), der Anstiftung und der Beihülfe: einer Lehre, in der sich die indeterministische Doktrin vergeblich abmüht, ein ihr von vorn herein versperrtes Ziel zu erreichen. Für uns bietet sich dies Ziel ungesucht dar. Denn hat Jeder einen Erfolg bereits zu verantworten, sobald er mit rechtswidrigem Willen zu ihm mitwirkt und eine der Wirklichkeit einigermassen entsprechende Vorstellung von dem Wege besitzt, auf welchem er ihn herbeiführen wird, so ist es für seine eigene Verantwortlichkeit völlig gleichgültig, ob die Mitwirksamkeiten, auf deren Eintritt er rechnet, damit seine eigene Thätigkeit zur Kausalität gelange, Er-

eignisse der leblosen Natur oder menschliche Handlungen sind. Letzternfalls begründet es aber auch ebensowenig einen Unterschied, ob der Andere, auf dessen Thätigkeit er reflektirt, dieselbe mit rechtswidrigem Willen begeht oder nicht. Dies ist nur für die Frage, ob dieser Andere verantwortlich ist, nicht für seine eigene Verantwortlichkeit von Interesse. Denn die rechtswidrige Qualität eines fremden Willens berührt weder die Kausalität der eigenen Handlung, noch auch wirft sie einen Reflex auf die Beschaffenheit des eigenen Willens. In Bezug auf die Mitthäterschaft, unter der man denjenigen Fall der mehrfachen Thäterschaft versteht, in dem jeder Thäter die der seinigen gleiche rechtswidrige Absicht des Andern kennt, zugleich aber auch weiss, dass derselbe um diese seine Kenntniss wisse, hat daher v. Buri vollkommen Recht, wenn er behauptet, solche gegenseitig bewusste Gemeinsamkeit der Absicht stelle für die Konstruktion der Schuld eines jeden einzelnen dieser sog. Mitthäter ein rechtlich völlig irrelevantes Plus dar. Ganz abgesehen davon, dass die herrschende Ansicht aber auch beim Mangel der gegenseitig bewussten Gemeinsamkeit der Absicht nichts desto weniger mehreren Alleinthätern einen und denselben Erfolg zur Schuld zurechnet und die Mitthäterschaft also nur in beschränktem Umfange über die Schwierigkeiten, welche die Lehre von der Theilnahme ins Leben riefen, hinweghilft, abgesehen davon bietet dies Gebilde selbst nicht für die Fälle, auf die es berechnet ist, eine taugliche Handhabe zur Begründung einer Verantwortlichkeit dar. Indem man nemlich angesichts solcher Gemeinsamkeit der Absicht sagen zu dürfen glaubt, der Ursprung des verbrecherischen Erfolges liege in dem zusammenaddirten Willen aller Mitthäter, und jeder von ihnen sei so zu betrachten, als ob er zugleich die Thätigkeitsakte aller Uebrigen hervorgebracht habe, glaubt man über die dem Indeterminismus unbequeme Thatsache hinwegsehen zu können, dass neben dem kausalen Willen des einen Schuldigen zugleich noch der Wille des andern als selbstständige Erfolgsursache erscheint.[145]) Diese Konstruktion schliesst aber eine reine Fiktion in sich. Durch sie werden die einzelnen zum Erfolge mitwirkenden

---

[145]) Ich lasse hierbei völlig ausser Acht, dass die Summe der vereinigten Thätigkeitsakte aller Mitthäter nie allein, sondern immer auch nur in Verbindung mit der sog. Naturkausalität den Erfolg herstellt.

Handlungen aller Mitthäter als in wechselseitiger Kausalität zu einander stehend ausgegeben. Dabei bliebe, selbst wenn dies richtig wäre, völlig unerklärlich, wie solch objektives Verhältniss aus dem rein subjektiven Momente der Gemeinsamkeit der Absicht flösse. Inwieweit erwächst denn aus ihr, die doch nichts Anderes besagt, als dass mehrere Willen das identische Ziel erstreben, ein gemeinsames Ganze? Bis jetzt ist wenigstens noch nicht nachgewiesen, dass, wenn mehrere Personen in ihren Handlungen von der gleichen Willensrichtung getragen werden und ihnen dies gegenseitig bekannt ist, hierdurch, wie Schwarze[146]) meint, „ihre einzelnen Thätigkeitsakte zu einander nach aussen, wie nach innen, in eine ursächliche Verbindung treten können". Aber hiervon ganz abgesehen, beruht jedenfalls schon die Behauptung, jeder Mitthäter verursache die Handlungen aller Uebrigen, auf einer unfassbaren Voraussetzung. Jede Einzelthätigkeit müsste nemlich alsdann zugleich Ursache und Wirkung aller übrigen Einzelthätigkeiten sein; und es wäre somit jener Begriff der Wechselwirkung zu Grunde gelegt, für dessen logisches Analogon Schopenhauer den circulus vitiosus erklärt. Denn der Begriff der Wechselwirkung enthält, wie dieser Schriftsteller treffend sagt, nicht mehr und nicht weniger, als dass die Wirkung Ursache ihrer Ursache und das Nachfolgende also auch zugleich das Vorhergehende gewesen ist.[147]) In Wahrheit sind aber die Handlungen sämmtlicher sog. Mitthäter, obwohl sie alle dem gleichen Erfolge kausal gegenüberstehen, entweder gar nicht durch das Band der Kausalität mit einander verknüpft[148]), oder, ist dies der Fall, so erscheint dann jeder einzelne Thätigkeitsakt nur als Ursache oder nur als Wirkung des

---

[146]) Schwarze, Kommentar, S. 174.

[147]) Vgl. Schopenhauer, Werke, Bd. I, Vierf. W., S. 42, und Bd. II, Welt a. W. u. Vorst., S. 544—549, an welch letzterer Stelle Schopenhauer auseinandersetzt, dass, was man für eine Wechselwirkung auszugeben geneigt ist, entweder ein ruhender Zustand sei, auf den der Kausalitätsbegriff, welcher sich nur auf Veränderungen beziehe, gar keine Anwendung finde, oder eine abwechselnde Succession gleichnamiger, sich bedingender Zustände, zu deren Erklärung die einfache Kausalität ausreiche.

[148]) Gehört auch jedes Ereigniss dem unendlichen Weltzusammenhange an, so stehen darum doch nicht alle seine Ursachen unter einander in Kausalzusammenhang. Als Ursache der Geburt eines Menschen erscheint jeder der

andern, nicht aber als Beides zugleich. Natürlich besteht aber auch nur zwischen zwei ungleichzeitig erfolgenden Thätigkeitsakten ein ursächliches Verhältniss. — Die unter zwei oder mehreren Personen getroffene ausdrückliche oder stillschweigende Verabredung kann zunächst insoweit von Bedeutung sein, als durch sie Jemand einen Andern intellektuell beeinflusst und sich auf diesem Wege einer Mitwirksamkeit für den Erfolg entäussert, für den er dann auch haftbar ist, falls er die zum Erfolg mitwirkende Thätigkeit des intellektuell Beeinflussten voraussah und auf sie rechnete. Ob die Verabredung solches Moment in sich schliesst, ist aber reine quaestio facti. Verabreden also A und B mit einander, den C zu tödten, und schlagen in Ausführung dieser Absicht auf denselben los, so kann A, falls der von ihm geführte Streich den Tod des C nicht mitbewirkt, dies vielmehr nur der abseiten des B geführte Streich thut, nicht, wie Hälschner[149]) annimmt, ohne Weiteres auf Grund der gemeinsamen Verabredung für vollendeten Mord haften; sondern dies ist nur da der Fall, wo er auf dem Wege intellektueller Beeinflussung des B zu der tödtlich wirkenden und im Voraus in Rechnung gezogenen Thätigkeit desselben mitgewirkt hat. Bewirkt der von A geführte Streich aber in Verbindung mit dem von B geführten den Tod des C, so würde auch jeder von ihnen für vollendeten Mord einzustehen haben, selbst wenn, — weil Beide schon vorher entschlossen waren, — durch die getroffene Verabredung Keiner auf den Andern einen intellektuellen Einfluss ausgeübt hätte. Denn da in Folge der Verabredung die Mitwirkung des Andern von Jedem als in Aussicht genommen erscheint und er voraussah, dass diese Mitwirkung den Erfolg mög-

---

beiden Zeugungsakte, dem seine Eltern ihre Geburt verdanken; zwischen diesen von seinen beiden Grosselternpaaren unternommenen Zeugungsakten besteht aber kein ursächliches Verhältniss.

[149]) Vgl. Hälschner, Gerichtssal Bd. XXV, S. 109. Vgl. gegen ihn v. Buri ebendaselbst S. 237 ff. Gleich irrig ist, wenn Hälschner daselbst Beide in dem Falle, in dem nicht erweislich ist, ob A oder B die tödtliche Wunde zugefügt habe, des vollendeten Mordes für schuldig erachtet. Entsteht der Tod erst aus dem Zusammenwirken mehrerer von A und B zugefügten Wunden, so darf man ferner nicht mit Hälschner sagen, solchenfalls habe Keiner von Beiden eine tödtliche Verletzung zugefügt; sondern dann ist vielmehr eine jede Wunde eine tödtlich wirkende.

licher Weise mitverursachen werde, so berechtigt ihn auch ihr Eintritt nicht dazu, die Verantwortlichkeit für die eigene Thätigkeit abzulehnen.

In noch handgreiflicheren Widerspruch zu der Annahme, dass jeder strafrechtlich zu verantwortende Erfolg nur eine freie Ursache habe, tritt der als Anstiftung bezeichnete Fall der mehrfachen Urheberschaft. Darf doch, wer von der Willensfreiheit ausgeht, überhaupt nicht zugeben, dass man einen Erfolg durch intellektuelle Beeinflussung eines Andern verursachen könne. Die Freiheit des intellektuell Beeinflussten unterbricht den Kausalzusammenhang zwischen der Thätigkeit des ihn Beeinflussenden und dem Erfolge. Von einer Verantwortlichkeit des Anstifters dürfte daher niemals die Rede sein. In der Literatur wird dieser Widerspruch entweder verkannt und ignorirt, wie dies z. B. Schwarze thut, der von der Anstiftung sagt, „dass durch sie der freie (sic!) Wille eines Andern bestimmt (sic!) werde“.[150]) Oder es bringen sich unsere Rechtslehrer den hier vorhandenen Zwiespalt zum Bewusstsein, arbeiten aber vergeblich an seiner Lösung. So erblickt Geyer[151]) in der anstiftenden Thätigkeit zwar eine bestimmende Einwirkung auf den Angestifteten, aber keine solche, welche die Willensfreiheit des Letztern ausschliesse. Trotz dieser Freiheit des Angestifteten nimmt Geyer jedoch eine Mitwirkung des Anstifters zum Erfolge an. Er geht dabei „hier von der Ansicht aus, dass der menschliche Wille stets durch Motive bestimmt wird und daher stets determinirt ist“. Wie indess nach dieser letztern Erklärung dem Angestifteten, d. h. also dem Determinirten doch noch, wie Geyer meint, psychische Kräfte zu Gebote stehen können, jenem (vom Anstifter ihm entgegengebrachten) Motive ein mächtiges Gegenmotiv entgegenzusetzen und so das verbrecherische Wollen zu unterdrücken, das vermag ich mir wenigstens nicht zu erklären. Denn schliesslich sagt Geyer doch nur, dass, wenn es sich darum

---

[150]) Vgl. Kommentar, S. 182. — Ebenso sagt Köstlin, N. Rev., S. 531, nachdem er ausgesprochen, dass es keine einzige menschliche Handlung gebe, die nicht irgendwie von aussen her determinirt wäre, der Anstifter, welcher mit dem Entschluss handle, den Andern zu determiniren, mache die freie Kausalität des Andern zu seinem Mittel.

[151]) Vgl. Holtzend. Handb. d. deutsch. Strafr. Bd. II, S. 339 und 340.

handle, die Verantwortlichkeit des Angestifteten zu deduciren, sein Wille frei sei und die Kausalität des Anstifters für den Erfolg verneint werden müsse, diese Kausalität hingegen zugegeben werden müsse und die Freiheit des Angestifteten zu verneinen sei, falls es darauf ankomme, die Schuld des Anstifters zu begründen. Würde man etwa wähnen, dass, grade wenn alle Verursachung nur auf Mitwirkung beruht, dann auch angesichts der zur Handlung des Angestifteten blos mitwirkenden Thätigkeit des Anstifters gesagt werden könne, sie lasse noch Raum für die Freiheit des Angestifteten übrig, so wäre solche mit der Unterscheidung der Freiheit in eine absolute und relative zusammenhängende Meinung falsch. Denn nur weil sie nicht die einzige Ursache der Handlung des Angestifteten ist, nicht aber weil dieser etwa frei handelte, dürfen wir dem Anstifter eine blos mitwirkende Thätigkeit zuschreiben. Konsequent erscheint hier allein die Meinung Derer, die, wie dies Ortmann[152]) thut, die Kausalität des Anstifters für den Erfolg leugnen und der herrschenden Ansicht eine Fiktion des Kausalzusammenhangs vorwerfen. Freilich bringt sich Ortmann dadurch wieder um dies Verdienst der Konsequenz, dass er, obwohl er zwischen anstiftender Thätigkeit und Erfolg nur einen „dem Kausalzusammenhang analogen Zusammenhang", einen „Veranlassungszusammenhang" zugiebt, nichts desto weniger doch von einer Schuld des Anstifters spricht. Denn nun können seine Gegner ihm vorwerfen, dass er Jemanden für verantwortlich halte, dem er selbst die Kausalität für den Erfolg abspreche.

Der als Form der Theilnahme bezeichnete Fall der Anstiftung, der nur da angenommen wird, wo sowohl der intellektuell Beeinflussende, als auch der intellektuell Beeinflusste in dolo ist und Jener den rechtswidrigen Willen des Letztern kennt, dieser Fall verdient um so weniger hervorgehoben zu werden, als die Willensbeschaffenheit des Angestifteten auf die Schuld des Anstifters ohne allen Einfluss ist. Dass zur Anstiftung ein rechtswidriger Wille des Angestifteten erfordert wird, folgt, wie v. Buri treffend ausführt[153]), mit nichten aus der Natur der Sache, sondern beruht

[152]) Vgl. Ortmann in Goltd. Arch., Bd. XXIII, S. 268, und Gerichtssaal, Bd. XXVIII, S. 81 ff.

[153]) Vgl. Gerichtssaal Bd. XXII, S. 93.

lediglich auf der einmal gewählten Wortbezeichnung. Die Schuld des sog. Anstifters unterscheidet sich eben durchaus nicht von der Schuld Desjenigen, der sich, obwohl man ihn nicht als Anstifter bezeichnet, doch, gleich diesem, nur mittels intellektueller Beeinflussung eines Andern einer Mitwirksamkeit für den zu verantwortenden Erfolg entäussert. Mischt Jemand Gift in einen Trank und rechnet darauf, dass ihn ein Anderer geniessen und sich so den Tod zuziehen möge, so ist, falls dies geschieht, seine Handlung für solche Tödtung nur dadurch kausal geworden, dass sie die Handlung des Andern verursachte. Von seinem indeterministischen Standpunkt aus hat daher Ortmann vollkommen Recht, wenn er annimmt, auch hier könne von gar keinem wirklichen, sondern blos von einem fingirten Kausalzusammenhang die Rede sein. Ganz das Gleiche liegt bei jedem Betruge vor, wo der Betrüger den Betrogenen durch intellektuelle Beeinflussung an seinem Vermögen schädigt, so wie überhaupt in all den Fällen, wo Jemand mit rechtswidrigem Willen die für den Erfolg kausale Handlung eines Andern verursacht, die Willensbeschaffenheit dieses Letztern aber keine rechtswidrige ist. Hier steht die indeterministische Doktrin vor ganz denselben Schwierigkeiten, die sie, wo auch der intellektuell Beeinflusste mit rechtswidrigem Willen handelt, durch Annahme einer Theilnahme am Verbrechen zu bemeistern versucht. Dass sie solche Schwierigkeiten aber nur im Falle der sog. Anstiftung berücksichtigt und die von ihr behauptete Willensfreiheit einfach über Bord wirft, wo der intellektuell Beeinflusste ohne rechtswidrigen Willen handelt, beweist eben wieder, dass dem Willensinhalte auf die objektive Frage des Kausalzusammenhangs ungehöriger Weise ein Einfluss eingeräumt wird.

Sehen wir indess auch völlig von der Inkonsequenz ab, deren sich der Indeterminismus schuldig macht, sobald er die Verantwortlichkeit Mehrerer für einen und denselben Erfolg zulässt, und betrachten wir lediglich den Fall der Alleinthäterschaft, so zeigt sich hier deutlich, wie trotz ihrer äusserlich verschiedenen Gestalt alle Versuche, der Handlung des Schuldigen einen objektiven Vorrang vor den übrigen Mitwirksamkeiten einzuräumen, doch nur aus einem und demselben Grunde anfechtbar sind. Zum Ausgangspunkt mag der in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts zur un-

bestrittenen Herrschaft gelangte Satz genommen werden: die Handlung müsse, damit ihr der Erfolg zugerechnet werden könne, eine nothwendige Ursache desselben sein[154]). Durch dies Verlangen erhielt der Gedanke, dass die Handlung ausserhalb des allgemeinen Weltzusammenhangs stände und ihre Wirkungen von denen der Naturkausalität gesondert betrachtet zu werden vermöchten, seinen schärfsten Ausdruck. Aber so widersinnig dies auch ist, so liegt es doch völlig in der Konsequenz einer Doktrin, die durch ihren Ausgangspunkt dazu gedrängt wird, Denjenigen, dem sie ein Ereigniss zur Schuld zurechnet, auch als alleinigen Verursacher desselben zu betrachten. Verlangte man, um Jemandem eine Tödtung zuzurechnen, dass die Wunde, die er zugefügt habe, eine absolut tödtliche gewesen sei, d. h. also eine unabhängig von allem Zusammenwirken mit andern Umständen den Tod bewirkende Ursache, so setzt nicht sowohl die Aufstellung dieser Forderung, als vielmehr nur der Glaube in Verwunderung, dieselbe fände in irgend einem Falle, wo Jemand des Mordes schuldig erklärt wird, ihre Erfüllung. Stübel, der bekanntlich diese Meinung bekämpft[155]), behauptet, wenn Jemand den Kopf eines Andern derartig mit einer Axt verletze, dass derselbe an der Wunde in wenigen Stunden sterbe, die Aerzte auch einstimmig der Ansicht seien, der Tod sei Folge der Schläge gewesen, oder wenn Jemand einem Andern Arsenik beigebracht habe, das ihn noch an demselben Tage tödte, so würden die Praktiker seiner Zeit dennoch in beiden Fällen die Strafe des Mordes nicht für verwirkt erachten, sobald sich ärztliche Gutachten dahin ausprächen, eine solche Verletzung sei schon ein Mal durch Trepaniren geheilt, eine solche Vergiftung schon ein Mal durch bestimmte Medikamente unschädlich gemacht. So entschieden nun auch Stübel dieser Lehre widerspricht, so wenig entdeckt er, dass sie ihr Dasein blos durch eine scholastische Methode des Denkens zu fristen vermag. Was er an ihre Stelle setzt, ist denn auch nur dem Namen nach von ihr verschieden, in der Sache ändert er wenig. Stübel theilt nemlich die Folgen der

---

[154]) So sagt z. B. Kleinschrod, Syst. Entw., Th. I, § 177, Derjenige sei Urheber eines Verbrechens, in dessen Willen der nothwendige Grund der Existenz desselben liege.

[155]) Vgl. Stübel, Thatbestand, § 34 und § 137 ff.

Handlung in nothwendige und zufällige[156]) und geht davon aus, dass sowohl diese, wie jene den Grund ihrer Entstehung in der Handlung hätten[157]). Zufällige Folgen könnten dem Handelnden sowohl, wenn sie beabsichtigt, als auch, wenn sie nicht beabsichtigt sind, zugerechnet werden: letzternfalls aber nur zur kulpa und auch nur unter gewissen Voraussetzungen, zu denen namentlich gehört, dass die Entstehung der Folge wahrscheinlich und nicht blos möglich gewesen sei. Handle aber Jemand in der Absicht, die zufällig entstandene Folge zu bewirken, so müsse eine solche, selbst wenn sie nur eine mögliche war, der Absicht zugerechnet werden. Wo aber eine nothwendige Folge vorliege, könne beim Bewusstsein des Handelnden keine kulpa mehr, sondern nur dolus angenommen werden. Diese Theorie will also die Frage, ob dolus oder kulpa, kulpa oder kasus vorliegt, mit entscheiden aus der objektiv verschiedenen Bedeutung der Handlungsfolgen. Denn indem Stübel untersucht, was eine nothwendige, was eine zufällige Folge sei, lehnt er es ausdrücklich ab, unter einer zufälligen Folge jedes nicht vorhergesehene — oder auch der Handlung nur zeitlich nachfolgende, nicht aber durch das Band der Kausalität mit ihr verknüpfte Ereigniss zu verstehen. Nothwendig sei vielmehr die Folge, welche mit der Handlung in einer unzertrennlichen Verbindung stehe, so dass die Handlung auch nach Naturgesetzen ohne die Folge nicht denkbar sei, während eine zufällige Folge diejenige sei, ohne welche die Handlung auch vorkommen könne. So sei, da es z. B. nicht denkbar, dass ein Mensch immer ohne Nahrungsmittel fortlebe, der Tod eine nothwendige Folge einer fortdauernden Entbehrung aller Nahrungsmittel (§ 69)[158]), so wie auch eine nothwendige Folge der Handlung Desjenigen, der einem

---

[156]) Stübel a. a. O. § 69 ff.

[157]) Dies hindert freilich Stübel nicht, gelegentlich auch einen zwischen Ursache und Wirkung bestehenden Kausalzusammenhang zu verkennen. So meint er z. B. § 71: zöge die Verwundung den Tod nach sich, weil der adhibirte Chirurg die Wunde zweckwidrig behandelt habe, so erfolge zwar der Tod auf die Verwundung, derselbe habe aber seinen Grund nicht in der Verwundung, sondern in der zweckwidrigen Kur, und zwischen dieser letztern und jener bestände kein ursächlicher Zusammenhang.

[158]) Ich sehe hier ganz davon ab, dass Stübel dieses Beispiel so formulirt hat, dass ein Nichts als mit einem Etwas in ursächlichem Zusammenhang

Andern den Hals durch- und den Kopf abschneide (§ 77). Eine zufällige (wahrscheinliche) Handlungsfolge läge aber vor, wenn Jemand durch das Herabfallen eines Blumentopfes getödtet worden, den ein Anderer vor dem Fenster auf einen schmalen Fensterstock ohne alle Befestigung gesetzt habe (§ 76). Hierbei verkennt Stübel jedoch ganz ebenso, wie die Anhänger der von ihm bekämpften Meinung, dass jedes Ereigniss mit gleicher Nothwendigkeit erfolgt und der angeblich objektive Unterschied in dem Verhältniss einer Handlung zu ihrer Wirkung nur durch Vermischung des abstrakten Standpunktes mit dem konkreten entsteht. So wie man zu den absolut letalen Wunden im Gegensatz zu den relativ tödtlichen gelangte, je nachdem man den im konkreten Falle vorhandenen Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg anerkannte oder vom konkreten Falle absah und wirklichen Thatsachen gedachte substituirte, ganz ebenso erscheint der durch das Hinstellen eines Blumentopfes herbeigeführte Tod eines Menschen nur dadurch als zufällige Handlungsfolge, dass Stübel von dem thatsächlich vorhandenen zureichenden Grunde absieht und bei Referirung dieses Falles die übrigen Mitwirksamkeiten unterdrückt. Die als nothwendig anerkannte Handlungsfolge würde gleichfalls zur zufälligen werden, wenn auch hier unbestimmt gelassen würde, ob im konkreten Falle ein zureichender Grund zum Tode vorhanden gewesen sei und man also etwa nur die Thatsache hervorheben wollte, dass Jemand mit einem scharfen Instrumente einen Streich gegen den Hals eines Andern geführt hätte, dabei aber nicht hinzufügte, der Streich sei ein solcher gewesen, der den Kopf vom Rumpfe getrennt habe.

Leider liegt nun kein Anlass vor, weder den Grundgedanken Stübels, noch den seiner Vorgänger als heutzutage überwunden zu betrachten. Gesetzgebung und Praxis stehen vielmehr noch auf ganz demselben Standpunkt, den die Verfechter der absoluten Letalität einer Wunde einnahmen. Als Beweis hierfür mag die Bestimmung des art. 226 D. St.G.B.[159]) dienen, zufolge deren mit

---

stehend erscheint. Denn genau genommen wirkt doch, wenn Jemand den Hungertod erleidet, die Nichtzuführung von Nahrungsmitteln — also das Nichtvorhandensein eines Ereignisses — nicht ursächlich.

[159]) Das Gleiche gilt z. B. auch von der Bestimmung des art. 224.

Zuchthaus oder Gefängniss nicht unter drei Jahren, bezw. beim Vorhandensein mildernder Umstände mit Gefängniss nicht unter drei Monaten (art. 228) bestraft werden soll, wer durch eine Körperverletzung den Tod des Verletzten verursacht hat. Da sich dieser Thatbestand bei vorhandener Absicht zu verwunden schon durch das ursächliche Verhältniss zwischen Körperverletzung und Tod erfüllt[160]), so braucht man sich, um das Missliche dieser Bestimmung zu erkennen, nur den Umfang der Fälle zu vergegenwärtigen, in denen die Jemandem zugefügte Körperverletzung eine Ursache seines Todes ist. Letzteres darf blos dann nicht behauptet werden, wenn sich beim Tode des Verletzten — derselbe möge nun einen Tag oder 20 Jahre nach der erhaltenen Verletzung sterben — sagen lässt, dieser Tod wäre genau ebenso, wie er erfolgt ist, in derselben Art, an demselben Orte und zur selben Zeit auch ohne die Körperverletzung erfolgt. Zwischen dieser und dem Tode besteht also z. B. ein Kausalzusammenhang, wenn der Verletzte als Rekonvalescent, um sich von den Folgen des überstandenen Siechthums zu erholen, eine Reise unternimmt, unterwegs aber beim Zusammenstoss zweier Eisenbahnzüge ums Leben kommt. Und das Gleiche liegt vor, wenn der Verletzte etwa im Spital die Bekanntschaft eines Menschen macht, zu dem er in freundschaftlichen Verkehr tritt, dieser ihn aber nach Jahren zu einer Bootfahrt auffordert, auf welcher das Boot umschlägt und der ehemals Verwundete ertrinkt. Dass der Gesetzgeber genügend Vorsorge getroffen habe, um hier die Anwendung des art. 226 auszuschliessen, kann eben nur annehmen, wer von einem unrichtigen Kausalitätsbegriff ausgeht. Denn nach dem Wortlaut des Gesetzes kommt es lediglich auf das ursächliche Verhältniss an: die Verwundung ist aber in diesen Beispielen für den Eintritt des Todes genau so bedeutsam und unerlässlich, wie sie es da ist, wo der Verwundete eine Stunde nach erhaltener Verletzung, durch starken Blutverlust erschöpft, sein Leben aushaucht. Warum auch damit kein greifbarer Unterschied gewonnen wird, wenn man hier die Körperverletzung für die Todesursache erklärt, sie dort aber für

---

[160]) Irrthümlich ist die Ansicht Derer, welche annehmen, der Gesetzgeber verlange hier Fahrlässigkeit mit Rücksicht auf die Hervorbringung des Todes.

die blosse Bedingung, den Zusammenstoss der Züge, bezw. das Umschlagen des Bootes dagegen für die Todesursache ausgiebt, werden wir gleich sehen. Zunächst interessirt uns die Stellung, welche die Praxis dem art. 226 gegenüber einnimmt. Durch Urtheil vom 22. Oktober 1874 hat das preussische Obertribunal ausgesprochen, dass, falls eine Körperverletzung den Tod des Verletzten nicht für sich allein, sondern nur unter Mitwirkung anderer vom Beschuldigten nicht zu verantwortender, z. B. erst später hinzugetretener Umstände verursacht habe, die Strafe aus art. 226 nur dann ausgeschlossen sei, wenn festgestellt, dass ohne den Hinzutritt jener andern Umstände der Tod nicht eingetreten sein würde. Hiernach wäre man also vielleicht geneigt, zu sagen: dass der Rekonvalescent auf der Eisenbahn fuhr, sei zwar eine Folge der ihm zugefügten Körperverletzung; ohne den Zusammenstoss der beiden Züge wäre der Tod des früher Verwundeten aber nicht eingetreten und folglich sei auch in diesem Falle art. 226 unanwendbar. Damit wäre indess nichts gewonnen, weil man sich bei einigem Besinnen sagen müsste, dass man auch, wo der Verwundete nach einer Stunde stirbt, auf ganz demselben Wege zum gleichen Resultate gelangen würde, so dass, wenn man nur konsequent bleibt, hiernach art. 226 überhaupt nie zur Anwendung gelangen kann. Haben nemlich andere Ursachen in Verbindung mit der Körperverletzung den Tod herbeigeführt — und es ist ja kein Fall denkbar, in dem dies nicht Platz griffe —, so liegt eben darin jedes Mal zugleich, dass die Körperverletzung im konkreten Falle ohne diese mitwirkenden Umstände den zureichenden Grund zum Eintritt des Todes nicht herstellt. Denn andernfalls wären diese Umstände keine den Tod mitbewirkende. Stirbt der Verwundete also, weil athmosphärische Einflüsse eine Entzündung der Wunde herbeiführen, so ist mit der Mitwirksamkeit dieser Einflüsse zum Tode zugleich auch festgestellt, dass der Tod ohne sie gar nicht erfolgt wäre. Ganz ebenso, wie im Falle des Zusammenstosses der beiden Züge, erlangt die Verwundung auch hier nur im Verein mit andern Mitwirksamkeiten ihre kausale Bedeutung. Wer hier einen objektiven Unterschied statuirt, begeht genau denselben Fehler, der durch die Annahme von absolut letalen Wunden seinen Ausdruck erhält: er glaubt die Ursächlichkeit unserer Handlungen

jemals unabhängig von dem Zusammenhang, in dem sie in der Wirklichkeit mit andern Ereignissen stehen, feststellen zu können. Ein objektiver Grund, aus dem man etwa blos für den einen Fall, nicht auch für den andern bestreiten müsste, dass die Verletzung ohne diese später hinzugetretenen Umstände den Tod verursacht hätte, existirt jedoch nicht. Thatsächlich hat sie dies in keinem von beiden Fällen gethan. Hört man aber auf, die Ursächlichkeit eines Ereignisses nach der Wirksamkeit zu beurtheilen, die es thatsächlich ausgeübt hat, so verfällt man einer principienlosen Willkür.

Solches Verfahren führt nicht nur zur Verkennung eines wirklich vorhandenen Kausalzusammenhanges, sondern man gelangt damit auch leicht dazu, einen Kausalzusammenhang anzunehmen, wo er gar nicht existirt. So entsteht z. B. jener häufig aufgestellte Satz[161]), dass, wenn der Tod in Folge einer Verwundung gewiss hätte erfolgen müssen und nur aus dem Grunde nicht erfolgt sei, weil ihn eine zweite dazu kommende Verwundung unmittelbar herbeigeführt habe, dann auch der Urheber jener ersten Verwundung als Urheber der vollendeten Tödtung anzusehen sei. Eine Ursache, die den Erfolg herbeigeführt haben würde, wenn derselbe nicht durch ein anderes Ereigniss bewirkt worden wäre und die Dinge einen andern Verlauf genommen hätten, als sie thatsächlich genommen haben, ist aber gar keine Ursache. Fügt A dem B auch eine Wunde zu, von der alle ärztlichen Autoritäten erklären, B müsse in einer Stunde an ihr sterben, wird B dann aber etwa vorher vom Blitz erschlagen, so hat A keine Ursache zum Tode des B gesetzt und kann demnach auch beim Vorhandensein der Tödtungsabsicht nicht für vollendeten, sondern nur für versuchten Mord haften.[162]) Auch in jenem Falle, wo der Verwundete später

---

[161]) Vgl. hierüber die Anführungen Köstlins, N. Rev. S. 461.

[162]) Dass die Römer von anderer Ansicht ausgegangen seien, ist bekanntlich mit Hinweis auf die Julianstelle l. 51. pr. § 1 und 2 D. ad leg. Aq. vielfach behauptet worden, folgt jedoch hieraus durchaus nicht mit zwingender Nothwendigkeit. Julian sagt nemlich, sobald Jemand einen Andern derartig verwundet habe, dass er unfehlbar an der Wunde sterben müsse, dann aber noch ein Dritter eine tödtliche Wunde zufüge, so seien Beide für solche Tödtung verantwortlich zu machen. Unter der Voraussetzung, dass das erforderliche subjektive Schuldmoment vorhanden ist und der erste Verletzer auch die Mit-

auf der Eisenbahnfahrt umkommt, würde sich der Thäter, sobald er in mörderischer Absicht gehandelt hätte, nur eines Mordversuchs schuldig gemacht haben. Dies aber nicht deshalb, weil seine Handlung nicht kausal ist, sondern trotz ihrer Kausalität. Grade aus der richtigen Auffassung vom Ursachenbegriff fliesst die Forderung, zur Schuld ein Weiteres zu verlangen, als die Verursachung eines rechtswidrigen Erfolges durch einen rechtswidrigen Willen. Nur weil v. Buri nach der Natur der Sache bestimmte, wann ein Kausalzusammenhang anzunehmen sei, gelangte er denn auch zu dem Satze, jede Schuld erfordere zugleich, dass dem Schuldigen eine einigermassen der Wirklichkeit entsprechende Vorstellung über den Weg innewohnt, auf dem seine Handlung den vorausgesehenen Erfolg herbeiführen werde. In unserm Beispiele ist also auch die Haftung des Thäters für vollendeten Mord ausgeschlossen, weil er die Verkettung von Umständen nicht voraussah, deren es bedurfte, damit der von ihm geführte Streich eine Todesursache wurde. Nur die Verwundung kann ihm zugerechnet werden, der darüber hinaus liegende Kausalverlauf deckt sich nicht mehr mit seinen Vorstellungen. Bei Demjenigen, der seinen Gegner in mörderischer Absicht schlägt, so dass der Getroffene sofort leblos zu Boden stürzt, hat man daher auch die Verantwortlichkeit für vollendeten Mord nicht lediglich auf die Ursächlichkeit seines rechtswidrigen Willens zu gründen, sondern zugleich mit in Betracht zu ziehen, dass er den Tod in einer seinen Vorstellungen entsprechenden Weise verursacht hat. Die überaus schwierige und

---

wirkung des Andern in Aussicht genommen hat, erscheint diese Ansicht durchaus korrekt, sobald man nur unterstellt, der Jurist habe einen Fall im Auge gehabt, wo der Tod des Verletzten durch das Zusammenwirken beider Wunden herbeigeführt ist. So aufgefasst, kann diese Stelle grade als Beleg dafür gelten, dass auch die Römer den Satz anerkannt haben, zur Schuld gehöre in objektiver Beziehung nur Mitwirkung zum Erfolge. Das Gegentheil folgt denn auch nicht aus den beiden Ulpianstellen l. 11, § 3 D. und l. 15, § 1 ad leg. Aq., die mit der Julianstelle in Einklang zu setzen, bekanntlich so viele Schwierigkeit bereitet hat. In ihnen wird nemlich nur der zweite, nicht zugleich der erste Verletzer für den Tod des Verwundeten verantwortlich gemacht; aber auch dies Resultat ist unanfechtbar, sobald man einen Fall annimmt, in dem der Tod nicht aus dem Zusammenwirken beider Verletzungen entstanden ist, sondern die zweite ihn, unabhängig von der Beschaffenheit der ersten, verursacht hat, der erste Thäter aber auch den zweiten nicht intellektuell beeinflusste.

ernsthaft zuerst von v. Buri in Angriff genommene Aufgabe, zu festen Grundsätzen darüber zu gelangen, wann und inwieweit man davon reden kann, dass ein Erfolg auf dem vom Handelnden vorgestellten Wege zu Stande gekommen und ihm zuzurechnen ist, wird uns im folgenden Bande ausführlich beschäftigen. Hier ist es nur von Wichtigkeit, hervorzuheben, dass man eine den Willensinhalt betreffende Frage nicht als Kausalitätsfrage behandeln darf.

Hätten v. Bar und Binding[163]) darin Recht, dass jeder Erfolg neben unzähligen blossen Bedingungen nur eine Ursache habe, so müsste denn doch von der als Erfolgsursache anerkannten Handlung des Schuldigen nachweisbar sein, dass sie zum Erfolg in einem andern objektiven Verhältnisse stände, als diejenigen Mitwirksamkeiten, denen der Name von Bedingungen gegeben wird. Solchen objektiven Vorrang beweisen aber v. Bar und Binding so wenig, wie alle übrigen Anhänger von juristischen Kausalitätstheorien. Dies wird sofort aus der Behauptung v. Bars klar[164]), wir könnten einen Menschen als Ursache einer Erscheinung bezeichnen, „insofern wir ihn uns denken als diejenige Bedingung, durch welche der sonst als regelmässig gedachte Lauf der Erscheinungen ein anderer geworden ist“; im rechtlichen Sinne sei aber ein Mensch Ursache einer Erscheinung nur, „insofern er als die Bedingung gedacht wird, durch welche der sonst als regelmässig gedachte Verlauf der Erscheinungen des menschlichen Lebens ein anderer wird“. Werden die Veränderungen der Wirklichkeit, deren Eintritt ausnahmslos nach unverbrüchlichen Naturgesetzen erfolgt, nemlich darauf hin angesehen, ob sie dem als regelmässig gedachten Verlauf der Erscheinungen des Lebens entsprechen oder widersprechen, so kommt dann schliesslich für den Ursachenbegriff Alles auf unsere Gedanken, so wie darauf an, ob sie mit der Wirklichkeit übereinstimmen oder sich diese ihnen widersprechend gestaltet. Unter dem als regelmässig gedachten Verlauf der Erscheinungen des menschlichen Lebens versteht v. Bar das Handeln

---

[163]) Vor v. Bar und Binding, welchem Letztern vornemlich Ortmann folgt, haben u. A. schon Krug, Abhdll., S. 78 ff., und Wächter, Sächs. Strafrecht, § 56, den vermeintlichen Unterschied zwischen Ursachen und Bedingungen zu verwerthen gesucht.

[164]) Vgl. Kausalzus. S. 11.

ohne rechtsverletzenden Erfolg, diesen betrachtet er aber als das Regelwidrige (S. 44). Sobald man jedoch ins Auge fasst, wann nach v. Bar ein Mensch Ursache einer Erscheinung sein soll, muss man Binding darin vollkommen Recht geben, dass zufolge dieser Kausalitätstheorie ein Mensch überhaupt nur Ursache einer Widerrechtlichkeit sein könne. Ein solches Resultat tritt aber bei v. Bar vornemlich deshalb zu Tage, weil derselbe, was v. Buri eingehend nachweist, ursächliches Verhalten mit der rechtlichen Verantwortlichkeit für ursächliches Verhalten identificirt: ein Verfahren, angesichts dessen man nicht recht weiss, wie dann zum Zweck der Zurechnung überall noch auf die Willensbeschaffenheit des sich kausal Verhaltenden und den Unterschied von dolus und kulpa Rücksicht zu nehmen ist. Trotz seines energischen Widerspruchs gegen die v. Barsche Theorie verfährt aber Binding in der Sache selbst gar nicht anders. Seine Anerkennung des Satzes, dass ursächliches Verhalten und Verantwortlichkeit für dasselbe zweierlei sind, ist eine blos nominelle, wenn man daran denkt, wie grade bei ihm die rechtswidrige Beschaffenheit des Willens von seiner Kausalität abhängig erscheint. (Vgl. §§. 13 und 14.) Liesse sich in der That mit Binding annehmen, die Verursachung einer Veränderung sei identisch mit einer Veränderung des Gleichgewichts zwischen den sie abhaltenden und den zu ihr hinwirkenden Bedingungen zu Gunsten der letztern, so würde immer nur, wie Ortmann[165]) dies ganz richtig aus der Bindingschen Kausalitätstheorie folgert, „das letzte derjenigen Ereignisse, durch deren successive Mitwirksamkeit das Zustandekommen der konkreten Erscheinung bedingt war“, als Ursache gelten können. Eine menschliche Handlung wäre dann aber ausserordentlich selten Ursache des rechtswidrigen Erfolges, für den wir sie verantwortlich machen. Denn wie viel Fälle giebt es, in welchen sie die letzte Bedingung desselben ist? Wenn die Anhänger Bindings rücksichtlich der menschlichen Handlung eine Ausnahme von der Regel für statthaft erklären und sie auch als Erfolgsursache gelten lassen, wo sie nicht die letzte Erfolgsbedingung ist, so erscheint dies als ein reiner Machtspruch. Wird die Theorie hier ausser Kraft gesetzt,

---

[165]) Vgl. Gerichtssaal Bd. XXVIII, S. 210.

obwohl sie grade dazu bestimmt ist, den objektiven Vorrang der Handlung vor allen übrigen Mitwirksamkeiten zu erweisen, dann lässt sich nicht erkennen, welcher Werth ihr überhaupt noch verbleibt.

Greift man, wenn nach dem Entstehungsprocess eines Ereignisses gefragt wird, aus der Unzahl der sämmtlichen dasselbe herstellenden Momente ein einzelnes bestimmtes heraus, so wird man bei solcher Auswahl durch rein subjektive Gesichtspunkte geleitet. Meist wird Dasjenige hervorgehoben, dessen Erwähnung Andern den Entstehungsprocess eines Hergangs am Eindringlichsten und Zweckentsprechendsten vergegenwärtigt. So wird gewiss Niemand bestreiten, dass das Abschiessen einer Pistole durch den Mörder den Tod des Ermordeten verursacht hat. Gelangt aber der Arzt, indem er die Krankheitsgeschichte dés anfänglich Verwundeten betrachtet, der Richter dagegen, indem er die Beweggründe des Mörders ins Auge fasst und dabei gewahr wird, dass Dritte denselben durch Geldversprechen zur That verlockten, gelangen sie Beide dazu, neben diesem Abschiessen der Pistole noch andere Ereignisse, und zwar jeder von ihnen verschiedene, für die Todesursache auszugeben, so verleiht dies Keinem von ihnen das Recht, die von dem Andern hervorgehobene Mitwirksamkeit deshalb, weil ihn dieselbe nicht interessirt, als blosse Bedingung zu bezeichnen und nun zu behaupten, solche Bedingung stände mit dem Erfolge in keinem ursächlichen Zusammenhang.[166])

---

[166]) Dies ist denn auch die Ansicht St. Mills (Logik, Kap. 5, § 3). Wenn Binding Normen I, S. 39 andeuten zu wollen scheint, als ob sich die Unterscheidung von Ursache und Bedingung durch Mills Ausführungen rechtfertigen lasse, so ist das irrig. Denn Mill erklärt nicht nur ausdrücklich, darüber, wann man eine Bedingung Ursache nenne, würde gar keine Regel befolgt, sondern behauptet grade, keine einzige Bedingung habe auf den Namen einer Ursache mehr Anspruch, als die andere.

§ 16.

Das Thatmoment bei den actiones liberae in causa.

Wie bei jeder Handlung, muss auch bei der rechtswidrigen der zu ihr erforderliche Willensinhalt nicht nur vor dem Thatmomente existent sein, sondern zugleich noch in dem Augenblicke vorliegen, wo der Handelnde die Aussenwelt berührt.[167]) Die Frage ist nun: erscheint solche Gleichzeitigkeit von Willens- und Thatmoment für die Schuld wesentlich, oder besteht diese auch, wo sich beide Momente zu keiner Zeit vereinigt antreffen lassen? Indem die herrschende Ansicht sowohl beim sog. dolus antecedens, als auch beim sog. dolus subsequens[168]) eine Schuld für unmöglich hält, übernimmt sie damit die Pflicht, rücksichtlich aller Fälle, in denen sie von einer Schuld spricht, die Vereinigung beider Momente zur rechtswidrigen Handlung darzuthun. Fälle, in denen sich Zweifel über das Verhältniss dieser beiden zu einander ergeben, vermag sie daher auch nicht anders dem Schuldgebiete zu erhalten, als wenn sie zeigt, dass die Trennung lediglich dem Scheine nach besteht. Ob ihr dies stets gelungen, ist an den Bestrebungen zu prüfen, mittels deren man in den actiones liberae in causa und in den sog. per omissionem begangenen Kommissivdelikten die Existenz einer rechtswidrigen Handlung nachzuweisen versucht.

---

[167]) Vgl. hier Binding Normen II. S. 190.

[168]) Geht man davon aus, dass der dolus nicht schon durch das blosse Willensmoment hergestellt wird, sondern auch das Thatmoment einen seiner Bestandtheile bildet, so sollte bei vorhandener Trennung beider Schuldmomente, genau genommen, weder von einem dolus antecedens, noch auch von einem dolus subsequens geredet werden. Nicht der dolus geht der Handlung voraus oder folgt ihr nach; sondern die beiden Elemente, aus denen er besteht, liegen dann getrennt vor, und die Frage ist eben, ob diese Trennung dem Dolusbegriff keinen Eintrag thut.

Es ist vollkommen richtig, dass von keiner Schuld die Rede sein kann, wo der früher vorhandene rechtswidrige Willensinhalt bei erfolgendem Thatmoment bereits wegfällig geworden ist. Denn wo dies vorkommt, steht fest, dass was früher vorhanden war, immer nur blosse rechtswidrige Gedanken gewesen sind, welche nicht die Kraft besassen, den Menschen, der sie hegte, zum Handeln zu treiben. Plant Jemand eine Verletzung Anderer, besitzt aber im Augenblick, wo er für den schädlichen Erfolg wirksam wird, keinen rechtswidrigen Willen, sei es, dass seine Thätigkeit überall keine Handlung mehr ist, weil er z. B. sinnloser Trunkenheit oder physischem Zwange verfiel, sei es, dass er zwar noch handelt, nun aber irrthümlich den verletzenden Karakter seines Handelns verkennt, so darf er jede Verantwortlichkeit von sich ablehnen. Denn was er thatsächlich bewirkte, war er in keinem Augenblick zu thun entschlossen.[169]) Im Fall der act. lib. i. c. kann demnach nur dann eine Schuld vorliegen, wenn das Willensmoment blos scheinbar nicht vom Thatmomente begleitet ist.

Von einer act. lib. i. c. spricht man, wenn sich Jemand in einen Zustand, in welchem er keinen rechtswidrigen Willen fassen kann, also z. B. in sinnlose Trunkenheit, Schlaf oder sinnlosen Zorn entweder mit der Absicht versetzt, in ihm eine rechtswidrige Verletzung herbeizuführen, oder dies ohne hierauf gerichtete Absicht, aber doch mit dem Bewusstsein thut, dass er in dem betreffenden Zustande den Umständen nach leicht solche Verletzung bewirken werde. Dass hier einer Doktrin, die einem falschen Kausalitätsbegriff huldigt, die Annahme einer Verantwortlichkeit zweifelhaft erscheinen muss, liegt auf der Hand. Erkennt man aber, wie in objektiver Beziehung zur Schuld blosse Mitwirkung genügt[170]), so wird man auch zugeben müssen, dass wenn sich Jemand betrinkt, um in der Trunkenheit zu tödten, und wirklich in ihr den tödtlichen Stoss führt, oder dass wenn die Mutter ihren Säugling zu sich ins Bett legt, um ihn im Schlafe zu erdrücken, und Letzteres geschieht, diese Personen dann schon durch das Trinken, bezw. durch das Hineinlegen des Kindes in das Bett eine zum

---

[169]) Ich folge hier der Ansicht Bindings, Normen II, S. 104, 191 und 192.
[170]) Vgl. hier auch v. Buri in Goltd. Arch., Jahrg. 1866, S. 726 ff.

rechtswidrigen Erfolge mitwirkende Ursache gesetzt haben. Damit liegt aber eine Vereinigung beider Schuldmomente vor. Dass sich die Betreffenden, die schon auf Grund ihrer mit rechtswidrigem Willen erfüllten Mitwirksamkeit verantwortlich sind, zugleich auch noch anderer, nicht mit solchem Willen erfüllten Mitwirksamkeiten entäusserten, ist völlig gleichgültig. Ihre Schuld ist um so weniger zu bezweifeln, als ihre rechtswidrige Handlung den Erfolg auch auf dem ihrer Vorstellung entsprechenden Wege herbeigeführt hat. Freilich kann aber zu diesem Resultate nur gelangen, wer die objektive Gleichwerthigkeit sämmtlicher den Erfolg herstellenden ursächlichen Momente zugiebt und der Ansicht widerspricht, dass jeder Erfolg nur eine einzige Ursache haben könne. Denn da man sonst annehmen müsste, Niemand sei für einen und denselben Erfolg mehr als eine Ursache zu setzen im Stande, so würde die unbestreitbare Kausalität des Messerstiches und des auf das Kind ausgeübten Körperdruckes dazu nöthigen, den vorausgehenden Thätigkeitsakten, hier also dem Trinken und dem ins Bett Legen des Kindes, die Ursachenqualität abzusprechen. Wenn Binding trotz des von ihm aufgestellten Kausalitätsbegriffes zu dem sachlich richtigen Resultate gelangt, dass in den Fällen der act. lib. i. c. das Willensmoment vom Thatmoment begleitet werde[171], so deutet dies auf eine bedenkliche Elasticität seiner Gleichgewichtstheorie hin. Zufolge derselben müsste in unserm Beispiele, ehe sich der Thäter betrank, Gleichgewicht zwischen den fördernden und hindernden Erfolgsbedingungen vorhanden gewesen sein. Giebt Binding aber zu, im Trinken liege die verantwortlich machende Handlung, was für ihn zugleich heisst, dass es die einzige Erfolgsursache darstelle, so muss auch durch dasselbe das vorher bestandene Gleichgewicht beider Bedingungsmassen zu Gunsten der fördernden abgeändert worden sein und diese jetzt das Uebergewicht erhalten haben. Konsequenter Weise hätte Binding dann aber zu leugnen, dass der Messerstich, der ja nach seiner Theorie höchstens nur noch Erfolgsbedingung sein kann, mit dem Tode in Kausalzusammenhang stände. Auf den Satz: causa causae est causa causati kann sich Binding um so weniger beziehen, als seine Gleichgewichts-

[171]) Normen, II, S. 196 ff.

theorie grade davon ausgeht, jedes Ereigniss stehe nur mit dem ihm zunächst folgenden nicht aber mit dessen Wirkung, gegenüber der es nur Bedingung sei, in ursächlichem Zusammenhang.

Konsequent handeln hier nur diejenigen Gegner der objektiven Gleichwerthigkeit aller Erfolgsursachen, welche sich durch diese ihre Opposition zu der unhaltbaren Unterscheidung von Haupt- und Nebenhandlung[172]) leiten lassen, jene etwa in dem Messerstich erblicken und demnach, weil sich der Thäter dieser Mitwirksamkeit ohne rechtswidrigen Willen entäusserte, alle Schuld ausschliessen. Bei solcher Anschauung erscheint es auch völlig korrekt, sich hier gegen die Schuld unter Berufung auf den Satz zu erklären: Niemand könne im Zustande der Unzurechnungsfähigkeit ein Unrecht oder Verbrechen begehen. Denn natürlich ist dies grade so wenig möglich[173]), wie man sich trotz gegentheiliger Annahme des art. 51 D. St.G.B. zur Zeit der Begehung einer Handlung in einem Zustande von Bewusstlosigkeit befinden kann. In Wirklichkeit wird aber auf diesem Wege die Kontroverse gar nicht gelöst. Denn es ist eine reine petitio principii, dass der Thäter hier lediglich im Zustande der Unzurechnungsfähigkeit den Erfolg verursacht habe. Ob dies der Fall ist, oder ob nicht vielmehr die

[172]) Auch die Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenhandlung verdankt lediglich einer Vermischung des abstrakten mit dem konkreten Standpunkte ihren Ursprung. Zur Haupthandlung wird diejenige im konkreten Falle einen Erfolg mitbewirkende Thätigkeit, bei der ich es dabei bewenden lasse, sie in dieser ihrer kausalen Eigenschaft zu betrachten. In der Nebenhandlung haben wir aber jedesmal eine Mitwirksamkeit vor uns, die aus dem in konkreto vorliegenden Entstehungsprocess, in welchem sie zusammen mit andern Ereignissen Kausalität für den Erfolg erlangte, herausgerissen und in Gedanken mit Ereignissen in eine Verbindung gebracht ist, in der sie nicht mehr als Erfolgsursache erscheint. Wer den Ermordeten festhielt, so dass diesem ein Anderer den Todesstoss versetzen konnte, hat zur Tödtung einen ebenso wichtigen Thatbeitrag geliefert, wie sein Gefährte. Dass ich mir einen Fall denke, in dem dies Festhalten, weil ihm der Stoss nicht folgt, auch keine Todesursache ist, vermindert die objektive Bedeutung, welche diese Handlung im konkreten Falle für die Herstellung des Erfolges hatte, durchaus nicht.

[173]) Das Gegentheil behauptet Röder, indem er (Gerichtssaal, Bd. XXVI, S. 3) zur Zurechnung Selbstbestimmung zum Rechte zur Zeit der That nicht für erforderlich erklärt, vielmehr ihr Vorhandensein vor der That für genügend erachtet. Indem Röder diesen Satz lediglich zu dem Zwecke aufstellte, um im Falle der act. lib. i. c. eine Schuld annehmen zu können, erkannte er nicht, dass hierzu gar kein Bedürfniss vorliege.

Begehung des Unrechts und Verbrechens vor dem Zustande der Unzurechnungsfähigkeit liegt, bildet ja grade den Kernpunkt des Streites. Für uns, die wir uns für Letzteres entscheiden, ist daher auch die Strafbarkeit der act. lib. i. c. nicht durch die Bestimmung des art. 51 D. St.G.B. ausgeschlossen. Ferner darf man auch nicht, wie so häufig geschieht, sagen, durch die Bewusstlosigkeit sei die Kausalität der vor ihrem Eintritt begangenen Handlung unterbrochen. Dies ist augenscheinlich falsch. Die Bewusstlosigkeit hindert nicht das Bestehen eines Kausalzusammenhanges zwischen dieser Handlung und dem Erfolg, sondern schliesst lediglich die Fortdauer des rechtswidrigen Willens aus. Ist aber die Kausalität einer Handlung überhaupt nicht vom Willensinhalte abhängig, so übt auch der Wegfall des bisherigen Willensinhaltes nicht den mindesten Einfluss auf die objektive Bedeutung aus, die sie für den Erfolg hat. Zum gegentheiligen Schluss gelangen nur alle Diejenigen, welche Willensinhalt und Willenskausalität nicht auseinanderhalten.[174]) Wer sich berauscht und im Zustande sinnloser Trunkenheit einen tödtlich wirkenden Messerstich führt, ist durch das Trinken, einerlei in welcher Absicht es geschah, für den Erfolg thätig gewesen. Nicht die Kausalität des Trinkens, sondern die Verantwortlichkeit hängt von der Willensbeschaffenheit ab. Daher hat denn auch, wer sich sinnlos betrinkt, ohne entfernt daran zu denken, dass er im Zustande der Trunkenheit fremde Interessen verletzen könne, das in diesem Zustande Verursachte nicht zu verantworten, und kann man solchenfalls auch nicht, wie Viele thun, zur Annahme einer kulpa gelangen. Andrerseits ist, wer sich berauscht, weil er im Rausche den Muth zur That zu finden hofft, dann aber in einem durch den Genuss des Weines hervorgebrachten, den rechtswidrigen Willen jedoch nicht ausschliessenden Zustand des Affektes tödtet, als Mörder, nicht etwa als Todtschläger zu bestrafen. Denn er hat vorsätzlich und mit Ueberlegung eine Ursache zum Tode eines Menschen gesetzt.

Dass dem Thäter der rechtswidrige Wille vor Eintritt des Er-

---

[174]) Hiernach widerlegen sich die Ansichten von Hälschner, System, Thl. I, S. 116 („da durch die Unzurechnungsfähigkeit der Kausalzusammenhang des früher gefassten Entschlusses und der That aufgehoben wird“), Köstlin, System, S. 147, und Savigny in Goltd. Mat., Bd. I, S. 353.

folges abhanden kommt, erscheint höchstens dann als Grund gegen die Annahme einer Schuld, wenn man den Erfolg für einen integrirenden Bestandtheil der Handlung hält. Denn für die Anhänger dieser Meinung tritt die alles Handeln ausschliessende Bewusstlosigkeit allerdings vor vollendeter rechtswidriger Handlung ein. Nun ist jedoch durchaus nicht erforderlich, dass man, um verantwortlich zu werden, den rechtswidrigen Willen bis zum Eintritt des Erfolges festhalten müsse.[175] Jemand kann sehr wohl einen vollendeten Mord begehen und in dem Momente in tiefem Schlafe liegen, in dem der von ihm Verwundete seinen Wunden erliegt. Wer mit zur Schuld genügendem Willen ein Mal verändernd in den Lauf der Begebenheiten eingegriffen hat, muss den Erfolg, sobald derselbe eintritt, unbedingt verantworten. Weder der Umstand, dass wir den rechtswidrigen Willen durch Bewusstlosigkeit einbüssen, noch auch selbst, dass er in den entgegengesetzten Willen umschlägt und wir den Erfolg, für den wir bereits eine Ursache gesetzt hatten, später vergeblich abzuwenden versuchen, vermag die ein Mal begründete Schuld wieder aufzuheben.[176]

---

[175] Für die richtige Ansicht Binding, Normen, II, S. 198.

[176] Bei Gelegenheit der act. lib. i. c. wendet sich Binding, Normen II, S. 201 ff. noch einer Gruppe von Fällen zu, „wo Jemand, um ein geplantes Unrecht auszuführen, sich in eine Lage zu versetzen sucht, welche ihm das subjektive Recht zur Verwirklichung seines Planes gewähren soll“. Als Beispiele werden angeführt, es lasse sich Jemand zum Wildwart machen, um seinen verhassten Gegner, dem er den Tod geschworen, und den er als verwegenen Wilderer kennt, so straflos niederschiessen zu können, nachdem derselbe, auf frischer That ertappt, erwartetermassen trotz erhaltener Aufforderung die Waffen nicht niederlegt. Oder es wettet Jemand mit einem Andern, einen Dritten innerhalb vier Wochen hinter Schloss und Riegel zu bringen, lässt sich als Schutzmann anwerben und verhaftet den Dritten bei einem wirklichen Excess desselben. Für beide Fälle verneint Binding ganz richtig das Vorhandensein einer Verantwortlichkeit. Dem Grunde, den er für diese Entscheidung angiebt, vermag ich jedoch nicht zuzustimmen. Man darf hier nemlich gar nicht mit Binding sagen, die That dieser Personen könne nicht auf ihre frühere Schuld zurückbezogen werden; denn thatsächlich haben dieselben zu keiner Zeit einen zur Schuld ausreichenden Willen gehabt. Der Wildwart und der Schutzmann besitzen solchen Willen nicht nur nicht zu der Zeit, wo sie, mit der rechtlichen Erlaubtheit dieser Verletzungen bekannt, ihren Gegner tödten, bezw. der Freiheit berauben, sondern er mangelt ihnen auch früher. Lassen sie sich in den angegebenen Eigenschaften anwerben und reflektiren dabei darauf, dass sich der Erfolg so zutragen werde, wie er sich wirklich hernach zutrug, so

fehlt der zum dolus erforderliche Willensinhalt um deswillen, weil sie erlaubte Verletzungen in erlaubter Weise herbeizuführen trachten. Fasst man aber etwa einen Zeitpunkt ins Auge, in dem der Thäter, obwohl er seinen Feind unschädlich machen wollte, noch nicht wusste, wie er dies bewerkstelligen werde, also auch etwa noch gar nicht daran dachte, ihm grade diese betreffende erlaubte Verletzung zuzufügen, so schliesst der Mangel an jeglicher Vorstellung über den Weg, auf dem die Verletzung erreicht werden könnte, die Annahme eines rechtswidrigen Willensinhaltes aus. — Wenn Binding ferner mit dem positiven Rechte Denjenigen für strafbar hält, der seinen Angehörigen in Nothstand stürzt, um, während er ihn daraus errettet, an einem Dritten eine altgeplante Rache nehmen zu können, so unterscheidet sich meiner Auffassung vom Nothstand zufolge dieser Fall schon deshalb von den beiden vorher erwähnten Fällen, weil man sogar im unverschuldeten Nothstande eine rechtswidrige Verletzung mit rechtswidrigem Willen herbeiführen kann, die Staflosigkeit also selbst dann nicht einmal auf die objektive Rechtmässigkeit der Verletzung gegründet werden darf. Dagegen bin ich aber in Bezug auf die Nothwehr, im Gegensatz zu Binding, der Ansicht, dass, falls ein Stärkerer seinen schwächern Nebenbuhler absichtlich reizt, um ihn, wenn er sich durch die Provokation zu einem widerrechtlichen Angriff verleiten lässt, alsdann straflos schwer verletzen zu können, solche Verletzung ihm aus ganz demselben Grunde nicht zur Schuld zugerechnet werden kann, aus dem man die Schuld des Wildwarts und des Schutzmannes bestreiten muss. Die objektive Rechtmässigkeit der dem gereizten Angreifer zugefügten Verletzung schliesst den dolus des ihn Provocirenden aus, und hieran ändert auch die Thatsache nichts, dass dieser Letztere auf listige Weise sein Vorhaben erreicht. Natürlich muss aber vorausgesetzt werden, dass er in der That eine Lage herbeiführt, in der er, obwohl er der Stärkere ist, ernsthaft annimmt, sich nur durch Verletzung seines schwächern Gegners in seiner eigenen Integrität behaupten zu können.

§ 17.

Das Thatmoment bei den sog. per omissionem begangenen Kommissivdelikten.

Wenn wir von einer Unterlassung sprechen, so verneinen wir damit in positiver Ausdrucksweise, dass eine bestimmte Handlung, an die wir denken, begangen worden sei. Hat aber die Unterlassung solchergestalt ihren Sitz lediglich in unsern Gedanken, so kann sie auch niemals eine Ursache wirklich gewordener Ereignisse sein. Diese unantastbare Wahrheit ist bekanntlich von unserer Wissenschaft lange verkannt worden. Davon ausgehend, dass durch Unterlassungen Etwas verursacht werden könne, nahm man an, dem Unterlasser sei der Eintritt desjenigen Erfolges zur Schuld zuzurechnen, behufs dessen Abwendung das objektive Recht die Begehung der unterlassenen Handlung von ihm gefordert habe.

Luden[177]) war der Erste, der den kausalen Karakter der Unterlassung anzweifelte. Indem er behauptete, dass der Mensch „als gar nicht thuend oder handelnd juristisch gar nicht gedacht werden könne", also auch, wo er, dem objektiven Rechte zuwider, eine bestimmte gebotene Handlung nicht begehe, an Stelle derselben irgend eine andere Thätigkeit entfalte, vermeinte er, einen Kausalzusammenhang zwischen dieser letztern Thätigkeit und dem Erfolge statuiren zu dürfen. Nach Luden schliesst jedes Gebot einer Handlung das Verbot einer andern in sich und ist umgekehrt mit jedem Verbote einer Handlung zugleich eine bestimmte andere

[177]) Abhandll. Bd. II, S. 219.

geboten, so dass der Unterschied zwischen gebietenden und verbietenden Normen ein blos formeller ist. Ob ein Begehungs- oder Unterlassungsverbrechen vorliegt, hängt hiernach lediglich von der Fassung ab, in die der Gesetzgeber seinen Willen kleidete. Nun ist aber die Thätigkeit, die an Stelle der gebotenen Handlung tritt, durchaus nicht für den Erfolg, den das Recht vermieden sehen will, kausal; und Luden spricht daher, indem er bei blossem Ungehorsam gegen eine die Abwendung eines rechtswidrigen Erfolges heischende Norm eine Schuld annimmt, trotz seiner Opposition gegen seine Vorgänger, genau so, wie diese, von einer Schuld, ohne dass der Schuldige zu dem von ihm zu verantwortenden Erfolge mitwirkte.

Gegen Luden wandte sich Krug[178]), indem er in drastischer Weise hervorhob, dass man, sobald auf diese Weise das objektive Schuldmoment hergestellt werden könne, alsdann, wenn die Mutter ihr Kind verhungern liesse und inzwischen Strümpfe strickte, auch sagen müsse, das Kind sei an dem Strümpfestricken gestorben. Nach Krugs Ansicht kann eine blosse Unterlassung niemals einen Erfolg verursachen. Zu einer rechtlichen Verantwortlichkeit führe sie aber, insoweit sie mit einer vorausgegangenen, mit dem Erfolge in Kausalzusammenhang stehenden und zu einer positiven Thätigkeit verpflichtenden Handlung in Verbindung trete. Auch hiermit war der Irrthum der ältern Theoretiker insofern noch nicht überwunden, als Krug diese ihm zufolge zwischen Unterlassung und vorausgegangener Handlung bestehende Verbindung leider als eine kausale betrachtete und die Unterlassung auf diesem Wege mit dem Erfolge in ursächlichen Zusammenhang brachte. Krug behauptet denn auch, wenn Jemand einen schlechten Schwimmer mit dem ernstlich gemeinten Versprechen, ihm nöthigenfalls Hülfe zu gewähren, zu einem Schwimmversuche überrede, dann später aber absichtlich die versprochene Hülfe zu leisten unterlasse, so sei die Unterlassung die Ursache des Ertrinkens, sie sei dies aber nur in Verbindung mit der ihr vorausgegangenen Zusage. Ebenso wenig, wie Krug, weiss sich Glaser[179]) völlig von dieser Ansicht loszu-

---

178) Abhandll. S. 21 ff.
179) Abhandll. aus d. Oesterr. Strafr., S. 287 ff.

machen. Auch er findet in der Unterlassung eine Ergänzung der den Erfolg verursachenden vorausgegangenen Handlung. Und wenn Glaser ferner behauptet, „nicht, weil ein bestimmter Mensch die Verpflichtung hatte, einen Unfall abzuwenden, wird dieser als von ihm herbeigeführt angesehen, sondern deshalb, weil er durch Uebernahme jener Verpflichtung einen Stand der Dinge herbeiführte, in welchem allerdings die blosse Unterlassung schon ausreichte, um das Eintreten des Unfalls unvermeidlich zu machen", so wird damit, wie Binding vollkommen richtig hervorhebt, der Unterlassung immer noch eine Rolle zugeschrieben, die sie nicht spielen könnte, falls sie wirklich reine Unthätigkeit wäre. Andrerseits treten die Ausführungen Glasers jedoch der richtigen Erkenntniss, dass wir in den sog. per omissionem begangenen Kommissivdelikten einer Trennung des Willens- vom Thatmomente gegenüberstehen, einen Schritt näher. Der der Unterlassung mehr oder weniger versteckt vindicirte Karakter der Kausalität hindert bei Glaser durchaus nicht die Anerkennung, dass die Unterlassung das hier erst dem Thatmomente nachfolgende Willensmoment enthalte. Hiernach erscheint ein gleichzeitiges Vorhandensein beider Schuldmomente nicht mehr erforderlich und müsste es für genügend erachtet werden, wenn das Willensmoment nur während irgend einer Zeit auftritt, zu welcher der Erfolg noch nicht existent ward. Diese Konsequenzen vermag Glaser jedoch nicht zu tragen. Vielmehr schreckt ihn das Gespenst des dolus subsequens; und anstatt nun der Frage näher zu treten, auf die ihn seine Untersuchungen ganz richtig hingeführt hatten, nemlich ob denn der Schuldbegriff wirklich ein gleichzeitiges Auftreten seiner beiden Momente verlange, lässt er sich, weil er die Schuld angesichts der durch Unterlassung begangenen Kommissivdelikte anders nicht zu retten weiss, auf den Weg einer Fiktion drängen. Nach Glaser soll nemlich das Willensmoment dem ihm vorangegangenen Thatmomente rückwirkend einen verbrecherischen Karakter verleihen. Damit verfiel aber die Theorie einem Irrthum, der als das entgegengesetzte Extrem desjenigen erscheint, in dem die allerneuste Ansicht, übereinstimmend mit der ältesten, befangen ist. Glaser und seine Anhänger erblicken zwar das Thatmoment an der richtigen Stelle, an der es sich befindet, sie antedatiren aber das Willensmoment fälschlich;

seine ältern und neuern Gegner erblicken hingegen, wie wir gleich sehen werden, das Willensmoment an der richtigen Stelle, an der es sich befindet, postdatiren aber das Thatmoment fälschlich.

Eine Weiterbildung erhielt die Lehre durch Merkel. Dieser Schriftsteller[180]) geht davon aus, die „subjektive wie die objektive Zurechnung“ müsse nicht fiktionsweise, sondern in Wirklichkeit auf das aktive Verhalten zurückgeführt werden können, wenn von verbrecherischer Urheberschaft die Rede sein solle. Unterlassungen, erklärt Merkel, machen uns aber für den Eintritt einer Verletzung nur insofern und insoweit verantwortlich, als wir die Integrität Anderer in zurechenbarer Weise auf die Vornahme der unterlassenen Handlung gestellt haben. Wo dies nicht der Fall und die in Fragestellung der Integrität fremder Interessen dem Handelnden ihrer Unvoraussehbarkeit halber nicht zuzurechnen sei, da könne sich in seinem aktiven Benehmen keine Verantwortlichkeit in Bezug auf sein nachfolgendes Verhalten dem betreffenden Erfolge gegenüber begründen, und es könne jenes bei der Beurtheilung dieses letztern nicht in Betracht kommen. Sei dies nachfolgende Verhalten daher ein blosses Nichtwirken, so sei es selbst alsdann rechtlich bedeutungslos, wenn es sich als ein böswilliges darstelle. Wäre jedoch selbst der Umkreis der verantwortlich machenden Unterlassung ein so enger, wie Merkel annimmt, so hat doch jedenfalls Binding Recht, wenn er hervorhebt, mit dem die frühere Handlung begleitenden Bewusstsein, man werde möglicher Weise verletzend wirken, sei das zur Schuld erforderliche Willensmoment noch keineswegs in ausreichender Weise gegeben. So gewiss nemlich keine Schuld ohne solches Bewusstsein existirt, so wenig stellt dasselbe allein schon den rechtswidrigen Willen her. Indem Merkel aber ferner erklärt, die Zurechnung des rechtswidrigen Erfolges, von dem man bei Begehung einer Handlung einsehe, dass man seinen Eintritt nur alsdann verhindern könne, wenn man später eine Abwendungshandlung begehe, werde nicht erst durch die Unterlassung begründet, sondern als eine eventuell eintretende bereits durch die vorausgehende Thätigkeit, verfällt auch er der Glaser'schen Fiktion. Denn bei dieser Konstruktion

---

[180]) Krim. Abh. I, S. 76 ff.

wird, wie v. Buri ausführt[181]), zweifellos dem erst später auftretenden dolus Desjenigen rückwirkende Kraft gegeben, der in bester Absicht und mit dem Entschluss handelt, die von ihm für nöthig erachtete Abwendungshandlung rechtzeitig folgen zulassen, dieselbe dann aber rechtswidrig unterlässt. In bedenklicher Weise schreibt auch Merkel der Unterlassung einen kausalen Karakter zu, insofern er meint, dass, wenn auch ein Nichtwirken für sich isolirt den Thatbestand eines Kommissivdelikts nicht herstelle, daraus noch nicht folge, dass es bei Begehung eines solchen nicht als die Kehrseite aktiven Verhaltens eine Rolle spielen könne. Zahlreiche Verbrechensarten liessen sich grade ihrer Begehungsweise nach in Unterlassungen und positive Akte als in gleich wesentliche Bedingungen des Erfolges auseinanderlegen.

Dass sich gegen diese Theorien, die, obwohl einerseits das Bestreiten einer kausalen Unterlassung ihre Stärke bildete, andrerseits doch zugleich ohne eine solche nicht auszukommen vermochten, endlich ein energischer Widerspruch erhob, kann nicht in Verwunderung setzen. Wohl aber wirkt es befremdend, wenn man sieht, wie die ihnen erstandene Opposition, anstatt mit der Kausalität der Unterlassung völlig zu brechen, grade diese wieder vertheidigt und zugleich nachzuweisen sucht, dass die zuerst von Luden bekämpfte ältere Ansicht einen richtigen Grundgedanken nur nicht richtig durchzuführen verstanden habe.

Den Angriff gegen die herrschende Ansicht eröffnete v. Buri[182]). Er behauptete, nicht nur die Thätigkeit sei kausal, welche direkt das Fortschreiten des Kausalverlaufes nach dem Ziele veranlasse, sondern auch diejenige füge sich als Glied in den Kausalverlauf ein, welche dessen Fortschreiten indirekt dadurch befördere, dass sie der Entwickelung desselben entgegenstehende Hindernisse aus dem Wege räume, bezw. es zur Entstehung solcher Hindernisse nicht kommen lasse, insofern sich nach den konkreten Verhältnissen die Annahme rechtfertige, diese Hindernisse würden andernfalls den Erfolg nicht zugelassen haben. So wirke zu der Verletzung, die der Angreifer dem in Nothwehr Befindlichen zufüge,

---

181) Vgl. Gerichtssaal, Bd. XXI, S. 193 ff.

182) Zuerst: Gerichtssaal, Bd. XXI, S. 189 ff; später: Kausalität, S. 96 ff., Gerichtssaal, Bd. XXVII, S. 25 ff., und Beilageheft, Bd. XXX, S. 93 ff.

auch Derjenige mit, der dem Letztern den zur Vertheidigung geschwungenen Prügel entreisse. Und wer den zur Abwehr eines rechtswidrigen Erfolges bereiten Gensdarm durch Bestechung zur Unterlassung einer abwendenden Thätigkeit bewogen habe, wirke zu solchem Erfolge mit. Er verursache in diesem Falle, dass der Gensdarm den Abwendungswillen nicht in sich aufkommen lasse, bezw. den bereits gefassten Abwendungswillen wieder aufgebe, und so die diesem Willen adäquate Thätigkeit, welche den Eintritt des Erfolges gehindert haben würde, unterbleibe. So wie man aber einen fremden Willen beeinflussen und hierdurch kausal werden könne, so noch viel mehr seinen eigenen. Wer also, sich selbst beeinflussend, den zur Abwendung des abwendbaren Erfolges erforderlichen Willen nicht in sich aufkommen lasse oder den bereits hierauf gerichtet gewesenen Willen wieder aufgebe, entäussere sich einer Kausalität für den Erfolg, weil hierdurch das Unterbleiben der entsprechenden Thätigkeit, die den Erfolg abgewendet haben würde, bedingt ist. Der Abwendungswille und die demselben adäquate, den Erfolg zu verhindern strebende Thätigkeit erscheine als eine dem Erfolgseintritt entgegenwirkende causa, und die Unterdrückung dieses Willens, bezw. die Verhinderung seiner Entstehung — in einem Andern oder sich selbst — müsse als eine Beseitigung einer dem Erfolge entgegenwirkenden causa und somit selbst als eine Kausalität angesehen werden, welche die Haftbarkeit für den nicht abgewendeten Erfolg nach sich ziehe. Ich sehe von den weitern Ausführungen und namentlich von den später noch durch v. Buri hinzugefügten Modifikationen vorläufig ab und wende mich, ehe ich den Grundgedanken dieser Theorie kritisch zu beleuchten suche, gleich der Ansicht Bindings zu. Im Gegensatz zu v. Buri unterscheidet Binding nach dem Vorgange Ortmanns[183]) zwei Gruppen von Fällen, nemlich Kommissivdelikte, welche angeblich durch Unterlassung begangen würden — unechte Unterlassungsverbrechen — und Fälle scheinbarer Konkurrenz von schuldloser Verursachung und culpa subsequens. Diese letzteren bezeichnet Binding[184]) mit Ortmann als zu dem

---

[183]) Ortmann, Gerichtssaal, Bd. XXVI, S. 439 ff. und Bd. XXVII, S. 208 ff.
[184]) Normen, II. S. 265.

Gebiete der Unterlassungsdelikte nicht gehörig, unterscheidet sich aber von Ortmann dadurch, dass er, was diesem nicht gelingt, eine rechtliche Verantwortlichkeit für die von ihm hierher gerechneten Fälle zu konstruiren versucht. Rücksichtlich beider Gruppen nimmt Binding an, bei ihnen werde unter der Maske der Unthätigkeit verantwortlich gehandelt. In der Art aber, wie dies bei jeder von ihnen geschehe, findet er die Rechtfertigung zu ihrer principiellen Unterscheidung[185]. Zu jener ersten Gruppe der angeblich durch Unterlassung begangenen Kommissivdelikte rechnet Binding, gleichwie Ortmann, nur die Fälle, in denen der Unterlassung eine Handlung vorausgehe, wodurch Derjenige, der, sei es selbst unterlasse, sei es die Unterlassung bei einem Andern verursache, sich verbindlich macht, bestimmten schädlichen Erfolgen entgegenzu-

---

[185]) Gegen v. Buri hatte Ortmann, nachdem er Gerichtssaal, Bd. XXVI, S. 443 hervorgehoben, dass der im Momente der Handlung vorhandene Abwendungswille, so wie ihn v. Buri hinstelle, vielfach nur auf einer Fiktion beruhe, weiter behauptet, die negativ wirkende Bedingung, in deren Beseitigung das Wesen der kausalen Unterlassung bestehe, sei nicht sowohl in dem bei Vornahme der vorangehenden positiven Handlung vorhandenen Willen, den Erfolg dieser Handlung abzuwenden, als vielmehr in der nachher unterlassenen Thätigkeit selbst zu suchen, gleichviel ob zur Zeit jener positiven Handlung der Abwendungswille vorhanden gewesen sei oder nicht. Die kausale Unterlassung erfordere demnach, dass der Unterlasser die unterlassene Handlung selbst durch ein vorheriges aktives Verhalten als eine dem Erfolge entgegenwirkende Bedingung gesetzt habe. Dies sei aber stets dann der Fall, wenn das vorherige positive Verhalten ein solches war, durch welches der Unterlasser die Erwartung, er werde eine bestimmte, den fraglichen rechtswidrigen Erfolg verhindernde Handlung vornehmen, dergestalt erregt hatte, dass Andere, hierauf vertrauend, entweder jenem Erfolge sich aussetzten oder nicht selbst für die Abwendung desselben sorgten. Damit war aber, wie schon v. Buri (Gerichtssaal, Bd. XXVII, S. 28) hervorhebt, die Kausalität der Unterlassung und folglich auch die Verantwortlichkeit für Ortmann in allen den Fällen ausgeschlossen, wo Jemand, ohne die betreffende Erwartung erregt zu haben, die Abwendung dolos oder kulpos unterlässt, nachdem er die vorausgehende Handlung ohne rechtswidrigen Willen beging, weil er entweder bei solcher Begehung den verletzenden Erfolg überall nicht voraussah oder, falls dies geschah, ihn abzuwenden anfänglich entschlossen war. Für mich bleibt dieser Streit der Gegner unter sich insofern ohne Interresse, als ich den ihnen gemeinsamen Grundgedanken nicht anzuerkennen vermag. v. Buri hat demnach zwar darin Recht, dass er m. A. nach völlig gleichstehende Fälle auch als solche behandelt, Ortmanns Ansicht dagegen den Vorzug, die unrichtige Annahme einer kausalen Unterlassung nicht auf ein so weites Gebiet zu erstrecken, wie dies durch v. Buri geschieht.

wirken. Als Beispiele werden angeführt: Es übernimmt Jemand einen Bahnwärterposten und räumt dann in rechtswidriger Absicht ein Hinderniss nicht von den Schienen, damit der Zug verunglücke; es lässt sich Jemand zum Gefängnisswärter machen, dann aber die Gefangenen absichtlich verhungern; eine Frau übernimmt eine Stelle als Kinderwärterin, lässt dann aber das ihr anvertraute Kind in der Badebütte dolos oder kulpos ertrinken; ein guter Schwimmer überredet einen schlechten, mit ihm ins Wasser zu springen, unterlässt dann aber arglistig die Leistung der zugesagten Hülfe. Für alle diese Fälle stellt Binding in Abrede, dass die vorausgegangene Handlung dem eingetretenen Erfolge gegenüber kausal sei. Nun wirkt man aber durch das Versprechen, einen schädlichen Erfolg abzuwehren, alsdann zweifellos zu demselben mit, wenn Andere, die an die Erfüllung des Versprechens glauben, hierdurch ihrerseits für den Erfolg thätig werden. Denn wer solche Zusage leistet, wird mittels intellektueller Einwirkung auf Andere für den Erfolg kausal. Lediglich auf diesem Wege kommt in allen diesen von Binding zu einer besondern Kategorie vereinigten Beispielen die Kausalität der betreffenden Thäter zu Stande. So wirkt, indem darauf gerechnet wird, dass die bei Uebernahme des Amtes versprochene Thätigkeit geleistet werde, die Uebernahme des Amtes als Bahnwärter zum Ablassen des Zuges und dieses Ablassen zum Entgleisen mit. Die Erwägung, dass der Zug auch abgelassen worden wäre, wenn der Bahnwärter X die Stelle nicht übernommen hätte, da sie solchenfalls von Y bekleidet wäre, vermag, weil sie von der geschehenen Wirklichkeit abstrahirt und ihr ein nicht geschehenes Ereigniss substituirt, der Amtsübernahme des X nicht ihren kausalen Karakter zu nehmen. Ob der Wärter mit rechtswidrigem Willen die Wegräumung des Steines, durch den der Zug entgleist, zu unterlassen beschloss, oder ob er etwa, ohne dass ihn eine Schuld träfe, den Stein gar nicht bemerkte, ist für die Kausalitätsfrage völlig gleichgültig. Ebenso beeinflusst auch der gute Schwimmer intellektuell den schlechten, indem er ihn durch die Zusage, ihm helfen zu wollen, zum ins Wasser Springen überredet; und wirkt, da dies ins Wasser Springen den Tod des Ertrunkenen mit herbeiführte, auf diesem Wege zum Erfolge mit. Auch hier ist es für die Kausalitätsfrage gleichgültig,

ob er seinen Arm zur Rettung des Andern nicht rührt, weil er seinen Tod will, oder weil er selbst etwa vom Schlage getroffen wurde[186].

---

186) Die Kausalität der vorausgehenden Handlung bestreitet Binding aus folgenden Gründen: Er sagt, wenn diese Handlung eine Verursachungshandlung wäre, so würde der Erfolg haben eintreten müssen, auch ohne dass die betreffenden Personen später ihres Amtes nicht geachtet hätten. Das Kind wäre beispielsweise in der Badbütte ertrunken', auch ohne dass die Wärterin zur Zeit, wo dies geschah, noch das Wärteramt bei ihm gehabt hätte. Denn mit gesetzter Ursache trete der Erfolg ohne weiteres Zuthun des Urhebers ein. Dieser Einwand erscheint grundlos, sobald man beachtet, wie in den von Binding angeführten Fällen der Unterlasser nur dadurch kausal werden kann, dass seine vorhergehende Handlung auf Andere intellektuell einwirkt. Solche intellektuelle Einwirkung setzt aber natürlich voraus, dass der Betreffende zur Zeit, wo die von ihm Beeinflussten ihrerseits für den Erfolg thätig werden, noch in Amt und Stellung ist. Andernfalls erscheint nemlich deren Thätigkeit gar nicht als Wirkung seiner Handlung. Ob die Amtübernahme also kausal ist oder nicht, bildet eine reine quaestio facti; deshalb darf man also auch Fälle, in denen sie dies nicht ist, mit Binding nicht dazu benutzen, um ihre Kausalität in Fällen, wo sie vorhanden ist, zu bestreiten. Uebernimmt eine Frau eine Stelle als Wärterin, setzt dann aber z. B. die Mutter, nachdem sie die Wärterin aus dem Dienste entlassen, ihr Kind selbst in die Badbütte und lässt dasselbe ertrinken, so ist sicher die Uebernahme der Stelle nicht kausal für den Tod des Kindes. Denn hier hat die mit der Uebernahme verbundene Zusage der Wärterin, für das Kind sorgen zu wollen, die Mutter thatsächlich gar nicht zu dem entsprechenden Handeln motivirt. Unterstellt man aber z. B., die Mutter habe ihr Kind in die Badbütte gesetzt in der Absicht, sich dann gleich darauf zu entfernen und die Wartung des Kindes der anwesenden Wärterin zu übertragen, diese lasse dann aber das Kind ertrinken, so hat die Mutter solchenfalls zu dem Erfolge mitgewirkt, ist zu dieser Mitwirsamkeit aber durch die Uebernahme der Stelle abseiten der Wärterin motivirt worden, und folglich ist in diesem Falle die Wärterin auch durch die Uebernahme für den Tod des Kindes kausal geworden. Ferner, meint Binding, sei die Verursachungshandlung bereits in der Uebernahme der Stelle oder des Amtes zu finden, so langten wir bei dem exorbitanten Satze an, dass, wer ein Amt in der Absicht antrete, durch Nichterfüllung der Amtspflicht verbrecherische Erfolge herbeizuführen, nicht durch Fallenlassen der verbrecherischen Absicht und durch sorgfältige Amtsführung, sondern nur durch Aufgabe des Amtes dem von ihm anzurichtenden Unheil Einhalt thun könne. Dieser Satz erscheint aber aus keinem andern Grunde exorbitant, als weil Binding hier die Verursachung eines Erfolges mit der Verantwortlichkeit für solche Verursachung indentificirt. Da die Uebernahme des Amtes abseiten des Bahnwärters zum Verunglücken des Zuges mitwirkt, so könnte sogar der Bahnwärter, der sowohl sein Amt mit redlichstem Willen übernahm, als auch später die Abwendungshandlung ohne rechtswidrigen Willen unterliess, einer Mitwirkung zum Erfolge nur durch

Gäbe es eine kausale Unterlassung, so würde Binding von seinem Standpunkt aus allerdings gegründeten Anlass haben, die Kausalität der vorausgegangenen Handlung in Abrede zu stellen. Denn sobald er diese zuliesse, wäre damit anerkannt, dass ein Erfolg mehr als eine Ursache haben könnte. — Nach Binding besteht nun das Wesen der vorausgehenden Handlung, die einestheils eine positive Erfolgsbedingung sei, zum andern Theile grade darin, dass sich ihr Urheber mittels ihrer als eine zur Abhaltung schädlicher Erfolge wirkende Bedingung aufstelle. Denn zum Entstehen einer solchen Bedingung reiche es aus, dass Jemand, der Einsicht und Kraft, dem Erfolgseintritt zu begegnen, entweder wirklich besitze oder den Schein des Besitzes zu erwecken wisse, als abhaltende Wirkung zu funktioniren beschlösse. Da nun das

---

Niederlegen des Amtes entgehen. Denn erst dann dürfte man sagen, bei Ablassung des Zuges von der Station sei auf seine Leistungen nicht mehr reflektirt worden. Aus seiner blossen Kausalität folgt aber doch noch nicht, dass er verantwortlich ist. Da zu Letzterem noch sein rechtswidriger Wille erforderlich ist, so würde das eingetretene Unglück dem Wärter allerdings zur Schuld zuzurechnen sein, wenn er sein Amt etwa mit der Wissenschaft übernähme, ein aus dem Bahndienst entlassener Wärter beabsichtige, aus Rache Steine auf die Schienen zu legen, und nun gleich von vorn herein entschlossen wäre, diese Steine auf den Schienen liegen zu lassen, damit der Zug verunglücke. Und zwar würde ihm der Unfall zur Schuld solchenfalls auch dann zuzurechnen sein, wenn er noch vor dem Eintritt der Entgleisung seine rechtswidrige Absicht fallen liesse, das Hinderniss wegzuräumen beschlösse, daran aber durch eine plötzliche Ohnmacht gehindert würde. Er würde alsdann haften, wie Jeder haftet, der mit rechtswidrigem Willen zum Erfolge mitwirkt, beim spätern Fallenlassen der rechtswidrigen Absicht aber den Erfolg nicht mehr zu hindern die Macht hat. Trotz seiner Mitwirkung zum Erfolge und obwohl er sich derselben mit rechtswidrigem Willen entäussert hätte, würde aber der funktionirende Wärter nicht verantwortlich sein, wenn er, nachdem der entlassene Wärter seinen Plan aufgab, nun gleichfalls getreulich sein Amt zu verwalten beschlösse, dann aber etwa nach einem Jahre durch einen Felssturz Steinmassen auf die Schienen fielen und er an der Wegräumung derselben, so wie an der Signalisirung der Gefahr, durch eine Ohnmacht gehindert würde. Denn hier ist der Erfolg auf einem ganz andern Wege eingetreten, als er sich vorstellte. Würde der Wärter aber sein Amt mit der Absicht antreten, bei irgend einer Gelegenheit, von der er noch nicht weiss, wie sie aussieht, den Zug zum Entgleisen zu bringen, so müsste von solchem Wärter bestritten werden, dass er bereits bei seinem Amtsantritte einen zur Herstellung des dolus tauglichen Willensinhalt besessen hätte. — Vgl. hier auch gegen Binding v. Buri Gerichtssaal Bd. XXX, Beilageheft S. 114 und 115.

Fallenlassen eines solchen Beschlusses im entscheidenden Zeitpunkt das Vernichten einer vorhandenen abhaltenden Bedingung bedeute, so sei hiermit die durch die Unterlassung maskirte Handlung nachgewiesen. Zunächst kann aber durch die nemliche Handlung für einen und denselben Erfolg nicht zugleich eine abhaltende und fördernde Bedingung gesetzt werden, sondern, wenn sie diese setzt, kann sie jene auch immer nur vernichten. Könnte man also selbst sagen, der Bahnwärter hätte durch die Uebernahme seiner Stelle ein Erfolgshinderniss für alle die Fälle geschaffen, in denen thatsächlich ein Unfall durch ihn verhütet worden ist, so wäre doch grade in Rücksicht auf den einen Fall, in dem er die Beseitigung des Steines unterliess und der Zug verunglückte, durch die Amtsübernahme gewiss kein Erfolgshinderniss, sondern nur eine positive Erfolgsbedingung gesetzt. Dies giebt Binding jedoch leider nur unter der Voraussetzung zu, dass diese vorhergehende Handlung mit rechtswidrigem Willen unternommen ist, der Bahnwärter also sein Amt gleich von vorn herein mit der Absicht antrat, den drohenden Erfolg nachher nicht abzuwenden. Indem Binding[187]) solchenfalls die Beschaffung des Hindernisses durch die fördernde Handlung für blossen Schein erklärt, dagegen in dem mit solcher Handlung verbundenen Entschluss, als abhaltende Bedingung funktioniren zu wollen, ein wahrhaftes Erfolgshinderniss erblickt, wird die objektive Qualität der Handlung ganz unzulässiger Weise von einem rein subjektiven Momente abhängig gemacht. Der Beweis aber, dass unsere Beschlüsse zur Erzeugung eines Erfolgshindernisses genügen und eine rein interne Thatsache „eine Masche im Netze der Kausalitäten" bilde, ist denn auch Binding trotz aller hierauf gerichteten Bemühungen in keiner Weise gelungen. Denn wenn er sich[188]) darauf bezieht, wie Tausende von Plänen daran scheiterten, dass ihr Urheber auf den Gegenwillen einer massgebenden Persönlichkeit zu stossen fürchte und Jemand z. B. aus Scheu vor einem Konflikte mit dem energischen Willen des Eigenthümers oder Lebensträgers zu stehlen oder zu morden unterlasse, so beweist dies immer nicht, dass unver-

---

[187]) Normen, II, S. 239.

[188]) Normen, II, S. 230.

wirklichte und möglicher Weise ganz unausgesprochene Entschlüsse auf die objektive Welt einwirken können. Bewiesen wird hierdurch vielmehr nur die von Niemandem angezweifelte Thatsache, dass die objektive Welt auch ohne die Kausalität unsers Willens eine ihm adäquate Gestalt anzunehmen vermag. Lässt sich ein Dieb verscheuchen, weil er den Eigenthümer herankommen hört, so wird, falls sich Letzterer dem Diebe in der Absicht, ihn zu verscheuchen, genähert hat, durch seinen Entschluss dem verbrecherischen Erfolge gewiss auch ein Hinderniss gesetzt sein; aber doch nur aus dem Grunde, weil dieser Entschluss hier eben keine blos interne Thatsache mehr geblieben, sondern in dem Herankommen bereits zur That geworden ist. Nähert sich dagegen der Eigenthümer und verscheucht den Dieb, von dessen Anwesenheit er keine Ahnung hatte, so mag ihm zwar die Flucht des Diebes durchaus erwünscht sein. Der Letztere wird dann durch das Geräusch des herannahenden Menschen vertrieben, welches in ihm die Vorstellung erweckt, ertappt zu werden. Wie aber seine Vertreibung solchenfalls mit einem entsprechenden Entschlusse des Eigenthümers in objektivem Zusammenhang stände, ist nicht einzusehen. Zeigt doch sowohl dieses Beispiel, wie jenes andere, wo der Mörder durch die Vorstellung, sein in Wahrheit unkräftiges Opfer besässe grosse Körperkraft, von seinem Vorhaben abgebracht wird, nur, dass die uns zum Handeln motivirenden Vorstellungen ihrem Dasein nach nicht durch die reale Existenz des Vorgestellten bedingt sind.[189])

Würde der blosse Wille, als abhaltende Bedingung zu funktioniren, dem schädlichen Erfolge schon ein wahres Hinderniss bereiten, so dürfte der Erfolg auch niemals wirklich werden ohne das Fallenlassen dieses Entschlusses und solange derselbe noch festgehalten wird. Denn andernfalls läge ja offen zu Tage, dass dies angebliche Hinderniss gar kein solches wäre. Beharrte also der

---

[189]) Wenn Binding, Normen, II, S. 230 auf die Macht des Willens Anderer für das Zustandekommen eines Verbrechens Bezug nimmt und dabei hervorhebt, man könne nur dann stehlen, wenn der Eigenthümer den Willen habe, die ihm zu entwendende Sache zu eigen zu behalten, so wird völlig ausser Acht gelassen, dass, wenn auch der Wille des Interesseninhabers zwar die rechtliche Qualität der ihm zugefügten Verletzung zu bestimmen vermag, dies wohl über das Verbrechensdasein entscheiden kann, damit doch aber die Kausalitätsfrage nicht vom Willen des Eigenthümers abhängig erscheint.

gute Schwimmer nur recht ernsthaft bei seinem Entschlusse, dem Freunde zu helfen, so würde dies den Letztern allein schon über Wasser halten müssen, und er könnte dann unmöglich untersinken. Binding[190]) behauptet denn auch in der That von ihm, sein Leben sei so lange wenig gefährdet, als der Andere seinen Entschluss festhielte; die Kraft, die ihn nach dem Grunde ziehe, sei mehr als aufgewogen durch die Kraft, welche es sich zur Aufgabe gestellt habe, ihn oben zu erhalten. Hätte man aber ein Recht, so zu sprechen, wozu brauchte dann dem Entschlusse noch die That zu folgen, und wozu brauchte dann dem Freunde noch die Hand gereicht zu werden? Gewiss lässt sich dieser Einwand nicht dadurch abschneiden, dass man sagt, wer einsehe, er müsse nun handeln, damit der Erfolg nicht eintrete, dies aber gleichwohl nicht thue, besitze ebenso wenig noch den ernsten Willen, den Erfolg abzuwenden, wie Derjenige, der von der Unausbleiblichkeit des Erfolges überzeugt sei. Denn sobald man für unmöglich ausgiebt, dass Derjenige noch einen wirklichen Abwendungswillen besitzen könne, der, obwohl die Ereignisse zu mächtig zu werden drohen, dennoch unthätig bleibt, so wäre ja bewiesen, was die Verfechter des neuen Dogmas so entschieden in Abrede stellen: es wäre bewiesen, dass wir die objektive Welt gar nicht durch unsere blossen Gedanken in Bann zu halten vermögen, die Vorgänge in ihr sich vielmehr ganz unabhängig und ohne Rücksicht auf unser Denken vollziehen und grade umgekehrt auf unsere Entschlüsse einwirken.[191])

Würde schon unser blosser Wille, einen Erfolg abzuwenden, demselben ein wirkliches Hinderniss bereiten und folglich das Fallenlassen dieses Willens die Beseitigung eines Erfolgshindernisses bedeuten, so würde man ferner für die Kausalität der Unterlassung gar nicht auf die vorausgegangene Handlung zu reflektiren

---

[190]) Normen, II, S. 250.

[191]) Wenn Binding daher, Normen, II, S. 239, behauptet, der gute Schwimmer, der in Ueberschätzung seiner Kräfte den schlechten in den Strom gelockt habe und ihm dort helfen wolle, als er zu sinken beginne, aber zu schwach dazu sei, tödte nicht dadurch, dass er nicht als abhaltende Bedingung funktionire, also nicht durch Unterlassung, sondern durch die vorausgehende Handlung, so verdächtigt dies die ganze so nachdrücklich behauptete objektive Wirksamkeit des Entschlusses und zeigt zugleich, wie wenig der falsche Grundgedanke konsequent durchgeführt werden kann.

haben. Der reine Gedankenprocess, dass man einen rechtswidrigen Erfolg abzuwenden beschlösse, dann aber wieder den gegentheiligen Willen fasste, wäre schon zur Verursachung des Erfolges ausreichend, und dieser müsste beim Vorhandensein des erforderlichen subjektiven Schuldmomentes verantwortet werden. Den Vertheidigern der kausalen Unterlassung ist diese für ihre Ansicht bedenkliche Konsequenz natürlich nicht entgangen. Um sie zu beseitigen, stellt Binding recht eigentlich seine Kausalitätstheorie auf.[192]) Sie soll vornemlich erklären, inwieweit die vorausgehende Handlung, obwohl keine Erfolgsursache, dennoch ein für die Schuld unentbehrliches objektives Moment ist.[193]) — Nach Binding kann man lediglich durch Vernichtung genau derselben abhaltenden Bedingung, die man gesetzt habe, keinen Erfolg herbeiführen. Denn Verursachung eines Erfolges sei identisch mit einer Veränderung des Gleichgewichts zwischen den ihn abhaltenden und den zu ihm hinwirkenden Bedingungen zu Gunsten der letzteren. Da man sich nun aber mittels der vorausgegangenen Handlung nicht nur als eine dem Erfolge entgegenwirkende Bedingung aufstelle, sondern mit ihr

[192]) Ich kann trotz sorgfältiger Betrachtung der neuesten Arbeit v. Buri's über die Unterlassung (Beilageheft zum Gerichtssaal Bd. XXX) nicht finden, dass seine Ausführungen S. 109 ff. hierüber hinweghelfen. Vielmehr bleibt dieser Punkt in der v. Buri'schen Theorie nach wie vor ebenso ungedeckt, wie er sich z. B. in seiner Kausalität S. 99 und 100 darstellte. Der Grund liegt aber darin, dass v. Buri auch in seiner neuesten Arbeit dem einmal von ihm in diese Lehre eingeführten Kardinalfehler treu bleibt. Wird jetzt behauptet, wer, der gesetzlichen, die Verhinderung des drohenden Erfolges gebietenden Norm ungehorsam, ihr gegenüber sage: „ich will nicht", der ziehe dem Entstehen des Abwendungsentschlusses eine unübersteigbare Schranke und habe somit die Abwesenheit des Erfolgshindernisses verursacht, so ist durchaus nicht einzusehen, wie hiermit wirklich eine Kausalität für den Erfolg gegeben und durch den kategorischen Imperativ des Gesetzes mitbedingt sein könnte. Denn die Existenz der gesetzlichen Vorschrift und der ihr gegenüber bestehende Willenswiderspruch stellen sich immer nur als Voraussetzungen des subjektiven Schuldmomentes dar.

[193]) Ich glaube nicht zu irren, wenn ich behaupte, bei Binding sei die Kausalität der Unterlassung nicht aus dem vorher festgestellten Kausalitätsbegriff deducirt, sondern dieser habe seinen Inhalt erst nachträglich empfangen, nur damit die Unterlassung für eine kausale ausgegeben werden kann. Trotz der bereits Bd. I. der Normen aufgestellten Kausalitätstheorie entnehme ich dies der Bd. II, S. 208, Note 272 von Binding gemachten Bemerkung, der von ihm vertheidigte Ursachenbegriff sei ihm bei seiner Untersuchung der unächten Unterlassungsverbrechen zur Klarheit gekommen.

auch zugleich positive Bedingungen zum schädlichen Erfolge setze, so bleibe infolge dieser eigenthümlichen Kombination von Förderung und Hinderung des Erfolges, wonach letztere nur Aequivalent der ersteren sei, die Kraft der gesetzten positiven Erfolgsbedingungen so lange suspendirt, als das Aequivalent erhalten bleibt, der Wegfall des Letzteren gebe aber sofort den Ersteren ihre den Erfolg befördernde Wirkung zurück, und somit sei die Zerstörung der selbstgesetzten abhaltenden Bedingung auch mehr, als nur eine Annullation eigener Thätigkeit, weil mit ihr eine Erweckung der selbstgesetzten positiven Bedingungen zu voller Wirksamkeit untrennbar verbunden sei. Als Zeitpunkt der Verursachungshandlung könne daher auch nicht der Moment betrachtet werden, in dem Jemand positive Bedingungen zu einem Erfolge gesetzt, deren Wirksamkeit aber durch den Hemmschuh der entsprechenden Hinderung gelähmt habe, sondern die Verursachung falle zeitlich zusammen mit der Zerstörung jener Bändigung, wodurch die selbstgesetzten positiven Bedingungen zu neuem Wirken als solche erweckt würden. Augenscheinlich steht und fällt dies ganze Deduktion mit der Bindingschen Kausalitätstheorie. Geht aber auch mit Widerlegung dieser letztern und dem Nachweise, dass die vorausgegangene Handlung allerdings die Verursachungshandlung sei, für Binding jede Aussicht verloren, die Kausalität der Unterlassung zu behaupten, so scheint diese Konsequenz der v. Burischen Theorie gegenüber nicht Platz zu greifen. Denn im Gegensatz zu Binding giebt ja dieser Schriftsteller die Möglichkeit einer mehrfachen Ursache für ein und denselben Erfolg zu und wird demnach auch durch die von ihm behauptete Kausalität der Unterlassung nicht dazu gedrängt, den kausalen Karakter der vorausgehenden Handlung bestreiten zu müssen. Und dennoch, obwohl v. Buri die Bindingsche Kausalitätstheorie auf das Entschiedenste bekämpft und sachlich richtig den Unterschied zwischen einer Ursache und einer Bedingung verwirft, dennoch liegt der Bindingschen Kausalitätstheorie kein anderer Fehler zu Grunde, als welchen v. Buri bei seiner Konstruktion der kausalen Unterlassung beging. Damit würde denn auch v. Buri trotz seiner unbestreitbaren Verdienste um die Entwickelung des Kausalitätsbegriffs zum Mindesten in dieser Lehre mit seinen Gegnern auf völlig gleichem Boden stehen.

Verhalte sich, so sagt Binding, die Kraft der zu einem Erfolge hinwirkenden Bedingungsmasse zu der von ihm abhaltenden wie 3: 3, so werde Nichts geschehen; der Erfolg trete hingegen sowohl ein, wenn die Kraft der zu ihm hinwirkenden Bedingungen auf 4 gesteigert, als auch wenn die der abhaltenden auf 2 gemindert werde. Entspricht nun aber die Vorstellung, dass der Eintritt jedes Ereignisses das Uebergewicht der zum Erfolge hinwirkenden über die von ihm abhaltenden Bedingungen bedeute, irgend wie dem Werdegang der Dinge? Ganz gewiss nicht. Denn es ist schlechterdings unfassbar, wie, nachdem ein Ereigniss wirklich geworden ist, noch eine einzige dasselbe hindernde Bedingung in rerum natura sein könne. Der Eintritt eines Ereignisses setzt denn doch jedenfalls den Tod seiner sämmtlichen Hindernisse voraus. Nicht minder unbegreiflich ist aber, wie der Eintritt eines Ereignisses noch suspendirt bleiben kann, obwohl die sämmtlichen zu seinem Wirklichwerden erforderlichen positiven Bedingungen bereits vorhanden waren. Dies wird für den Fall behauptet, in welchem die Zahl der fördernden Bedingungen die gleiche geblieben sei, die sie vorher war, das Ereigniss aber eingetreten sein soll, weil von der gleichen Zahl der abhaltenden Bedingungen eine einzige beseitigt worden sei. Richtig kann doch wohl nur sein, dass, solange ein Ereigniss noch nicht wirklich wurde, auch niemals schon die Zahl der zu ihm erforderlichen positiven Bedingungen vorhanden ist. Der ganzen Bindingschen Kausalitätstheorie steht aber Folgendes entgegen: Da die Kette der Kausalität eine anfangslose ist, so wird das Dasein jedes einzelnen ihrer Glieder durch eine unendliche Zahl vorausgegangener ursächlicher Momente bedingt. Zugleich ist aber auch nöthig, dass dieselbe unendliche Zahl von Hindernissen in ihrer Totalität vernichtet sei. Denn mit dem Existentwerden eines jeden für den Erfolg unentbehrlichen Momentes wird ein Erfolgshinderniss beseitigt. Als Erfolgshinderniss ist aber nur derjenige objektive Zustand zu bezeichnen, den eine den Erfolg mitbewirkende Ursache bei ihrem Wirklichwerden verdrängt. Denn nur von solchem der kausalen Veränderung weichenden Zustande lässt sich sagen, mit seiner Aufrechterhaltung wäre auch der Erfolg ausgeschlossen geblieben. Verfolgt man demnach den Entstehungsprocess eines wirklich eg-

wordenen Erfolges bis auf eine seiner Ursachen zurück und versucht die Summe der von da an bis zu ihm noch erforderlichen ursächlichen Momente in Zahlen auszudrücken, so müssen zu einer Zeit, zu der z. B. noch 100 solcher Momente nöthig waren, zugleich auch noch 100 Erfolgshindernisse vorhanden sein. Mit dem Eintritt einer jeden dieser 100 noch erforderlichen positiven Bedingungen würde also nicht nur die Gesammtzahl der bereits vorhandenen Erfolgsursachen um Eins wachsen, sondern es würde sich zugleich auch die Gesammtzahl der noch vorhandenen Hindernisse um Eins vermindern. Ein Ereigniss ist eingetreten, heisst also nicht, die dasselbe fördernden Bedingungen haben über die abhaltenden das Uebergewicht erlangt, sondern giebt die Anweisung, dass die Totalität jener existent ward, diese dagegen sammt und sonders vernichtet sind. Da aber jede den Erfolg mitbewirkende Ursache eins seiner Hindernisse zerstört, so kann man für ihn auch gar nicht kausal sein, ohne zugleich in dem Zustande, den das gesetzte ursächliche Moment einer Abänderung unterzieht, ein Erfolgshinderniss beseitigt zu haben. Stellt jede Beseitigung eines Erfolgshindernisses nur die Kehrseite des Eintritts einer Erfolgsursache dar, und ist solche Beseitigung ebenso wenig ohne Setzung einer Erfolgsursache denkbar, wie diese ohne jene, so lässt sich dann auch kein Erfolg entweder durch Beseitigung eines Hindernisses, oder durch Setzung einer positiven Bedingung verursachen sondern verursachen heisst Beides zugleich thun. In der Verkennung des Satzes, dass sich die Zahl der den Erfolg fördernden Bedingungen nicht ohne entsprechende Vernichtung von Erfolgshindernissen vermehren lasse, diese Vernichtung aber nicht unabhängig von solcher Vermehrung Platz greifen könne, stimmt nun v. Buri mit Binding völlig überein. Sonst hätte er dem richtigen Satze, dass man durch Beseitigung eines Erfolgshindernisses zum Erfolge mitwirke, nicht die verhängnissvolle Ausdehnung geben können[194]), man werde auch dadurch kausal, dass man es zur Entstehung eines

---

[194]) Bezeichnend ist es, dass v. Buri die Abschüssigkeit des von ihm betretenen Weges gelegentlich (Gerichtssaal, Bd. XXVII, S. 33) selbst ahnt und sagt, es möge ja wohl sein, dass nur der Satz richtig sei, dass die Beseitigung eines Hindernisses eine Mitwirkung zum Erfolge darstelle, von da an aber eine andere Lösung stattfinden müsse.

Erfolgshindernisses nicht kommen lasse, von dem in concreto anzunehmen sei, es würde den Erfolg nicht zugelassen haben. Ein noch nicht entstandenes Hinderniss ist kein Erfolgshinderniss, und eben deshalb bildet seine Beseitigung auch nicht die Kehrseite der Setzung einer positiven Erfolgsbedingung. Wäre die Meinung v. Buri's richtig, und dürften wir wirklichen Hindernissen noch nicht entstandene, also blos gedachte gleichstellen, so würde aller feste Massstab für die Annahme eines Kausalzusammenhangs verloren gehen. Denn das Band der Kausalität verknüpft ein früheres Ereigniss mit einem spätern nur dann, wenn unter den besondern Verhältnissen des konkreten Falles mit dem Ausscheiden jenes erstern auch dieses letztere in sich zusammenfallen würde. Der kausale Karakter eines Ereignisses darf aber nicht von der Erwägung abhängig gemacht werden, ob, falls es nicht eingetreten wäre, ein blos gedachtes, gar nicht wirklich gewordenes Ereigniss den Erfolg ausgeschlossen oder zugelassen hätte. Damit würde das Bestehen eines Kausalzusammenhangs lediglich auf unsere Gedanken gestellt sein. Auf die Frage, ob, falls sich Nichtgeschehenes ereignet hätte, der Erfolg eingetreten wäre, giebt uns nemlich niemals die Objektivität einen Aufschluss, sondern jede Antwort, zu der wir gelangen, bedingt sich lediglich dadurch, ob und wie weit wir geneigt sind, uns zur Wirklichkeit Etwas hinzuzudenken. Hat der Arzt den Verwundeten verbunden, so hat zu dessen Tode sicherlich mitgewirkt, wer ihm den Verband abreisst und eine Verblutung herbeiführt; und zwar wird die Kausalität solchenfalls auch nicht etwa durch den Gedanken ausgeschlossen, der Verwundete wäre ohne dies Abreissen des Verbandes später doch am Wundfieber gestorben. Denn thatsächlich hat die Entfernung des Verbandes das Herausströmen des Blutes und dieses den Tod bewirkt: in jener Entfernung lag die Beseitigung eines wirklichen Erfolgshindernisses. Dagegen darf man nicht sagen, A habe zum Tode des B mitgewirkt, sobald er den einzigen Arzt der Gegend, der zum B gerufen wird, auf dem Wege festhält und zum B zu gehen hindert. Verblutet B auch, so entäussert sich A, wenn er selbst in teuflischster Absicht den Arzt festhält, doch hierdurch keiner Mitwirksamkeit für den Tod des B. Denn seine Handlung kann aus der Zahl aller wirklich gewordenen, dem Tode des B

zeitlich vorangegangenen Ereignisse eliminirt werden, ohne dass damit der Tod des B wegfällig wird. Dass dieser Erfolg erst dann in sich zusammenfällt, wenn wir uns nicht damit begnügen, lediglich die Handlung des A, deren kausaler Karakter in Frage steht, auszuscheiden, sondern uns noch hinzudenken, der Arzt würde, falls er nicht festgehalten worden wäre, einen Verband angelegt haben, und dieser Verband hätte dem Verwundeten das Leben gerettet, verleiht der fraglichen Handlung keine Kausalität. Mit demselben Rechte, mit dem Jemand behauptet, der Verband würde, falls der Arzt zum B gekommen wäre, als Erfolgshinderniss fungirt haben, könnte sich nemlich ein Anderer denken, der Arzt würde, wenn er nicht vom A festgehalten wäre, ehe er den B erreicht hätte, durch das Umwerfen seines Wagens getödtet worden sein. Die Wirklichkeit trägt wenigstens für dieses nicht geschehene Ereigniss genau so viel und so wenig Voraussetzungen in sich, wie für jenes gleichfalls nicht wirklich gewordene Anlegen des Verbandes. Ein kausales Verhalten des A würde nicht anders vorliegen, als wenn man unterstellte, er hätte Denjenigen, der den B verwundet, durch die vorherige Zusage, den Arzt fernhalten zu wollen, intellektuell beeinflusst. Aber selbst dann würde nie das Festhalten des Arztes, sondern nur diese Zusage ein zum Erfolge mitwirkendes Moment darstellen. Ebenso beseitigt auch in den oben angeführten Beispielen v. Buri's, Derjenige, der dem in Nothwehr Befindlichen den Prügel entreisst, nur da ein wirkliches Erfolgshinderniss, wo der Angreifer durch diesen Prügel thatsächlich in Schach gehalten wurde, die Wehrlosmachung des Angegriffenen also auf dem Wege intellektueller Beeinflussung zur Verletzung führt. Die rein subjektive Erwägung, dass der Angegriffene mit dem Prügel in der Hand seinen Angreifer zurückgeschlagen hätte, verleiht aber der fraglichen Handlung keine Kausalität. Wer die Intervention des Gensdarms durch Bestechung fernhält, wirkt zum Erfolge nur mit, wenn seine Thätigkeit eine intellektuelle Einwirkung auf den Angreifer ausübt. Schlägt hingegen Jemand einen Andern todt, während ein Dritter, von dem der Thäter gar Nichts weiss, einen vom Thäter auch gar nicht gesehenen, sondern im Versteck befindlichen und zum Einspringen bereiten Gensdarm durch Bestechung zum Absehen von seiner Intervention bewog, so hat dieser

Dritte zum Tode des Erschlagenen selbst dann nicht mitgewirkt, wenn ihm auch die Absicht des Thäters bekannt und der Erfolg überaus genehm war. Nur weil ein blos gedachtes einem wirklichen Hinderniss nicht gleichkommt, kann denn auch Niemand dadurch für einen Erfolg kausal werden, dass er einen Andern an der Begehung einer Abwendungshandlung hindert. Wer den guten Schwimmer festhält oder den Bahnwärter knebelt, wirkt weder zum Tode des schlechten Schwimmers, noch zum Entgleisen des Zuges mit, es sei denn, dass er etwa den schlechten Schwimmer selbst mit dazu überredet hätte, ins Wasser zu springen, oder den Stein, durch den der Zug entgleist, selbst auf die Schienen gelegt hätte. Die gegentheilige Annahme würde eben voraussetzen, dass die Kausalität der Unterlassung beweisbar wäre und der Bahnwärter so wie der gute Schwimmer durch etwas Anderes, als die vorausgegangene Handlung, für den Erfolg kausal wären.

Die Verkennung des Satzes, dass die Beseitigung eines Erfolgshindernisses stets nur die untrennbare Kehrseite der Setzung einer Erfolgsursache ist, führt aber nicht nur dazu, zwei in nicht ursächlichem Zusammenhange mit einander stehende Ereignisse fälschlich als in solchem Zusammenhange stehend zu betrachten, sondern sie verleitet, wie wir an v. Buri, Ortmann und Binding sehen, zur Annahme einer die objektive Welt gar nicht verändernden Ursache. Differiren diese Schriftsteller, indem sie die Kausalität der Unterlassung zu begründen unternehmen, unter sich auch darüber, worin das angeblich durch die Unterlassung beseitigte Erfolgshinderniss zu erblicken sei, so lassen sie dasselbe doch übereinstimmend durch reine Gedanken entstehen und gelangen zu einem Verursachungsmoment, indem sie dies vermeintliche Erfolgshinderniss auf demselben subjektiven Wege, auf dem sie es ins Leben riefen, wieder beseitigen. Erzeugt aber der blosse die Objektivität nicht berührende Wille kein Erfolgshinderniss und beseitigt folglich sein Umschlag auch kein solches, so verfällt die neuere Theorie bei Konstruktion der kausalen Unterlassung zwei Mal in denselben Fehler, den die ältere Doktrin nur ein Mal beging. Da die Handlung, die unterlassen wurde, eine blos gedachte ist, so übersah die frühere Theorie, dass die Behauptung, durch Unterlassungen könne man einen Erfolg verursachen, auf Verwechs-

lung eines subjektiven mit einem objektiven Momente beruht. Jetzt wird aber einem blos subjektiven Momente zwei Mal fälschlich objektive Wirksamkeit zugeschrieben. Bei Binding verdankt das angeblich zur Herstellung des Erfolges nöthige, in Wahrheit aber ganz unfassbare Uebergewicht der positiven Erfolgsbedingungen über die negativen seinen Ursprung lediglich der Verkennung der Thatsache, dass wir sowohl in dem mit der vorausgehenden Handlung gesetzten Erfolgshinderniss als auch in seiner durch das Fallenlassen des Abwendungswillens bewirkten Beseitigung rein subjektive Momente vor uns haben. Als einziges objektives Moment unter blossen Schatten objektiver Momente bleibt in Wirklichkeit nur die vorausgehende Handlung übrig.

Wie nicht anders möglich, erklärt denn auch diese Gleichgewichtstheorie weder den Eintritt, noch das Ausbleiben von Ereignissen, wohl aber verleitet sie gelegentlich zu irrigen Resultaten. So kann man zunächst niemals mit Binding sagen[195]: ein Ereigniss sei deshalb nicht eingetreten, weil Jemand zu demselben gleich viele und gleich starke fördernde und hindernde Bedingungen gesetzt habe und folglich das Gleichgewicht unverändert geblieben sei. Wenn dies z. B. angeblich da Statt finden soll, wo unter Beobachtung der nöthigen Vorsichtsmassregeln mit scharf geladenen Büchsen geschossen und ein Sprengversuch mit Torpedos angestellt wird, so steckt doch, sobald hier Niemand verletzt wird, der verletzende Erfolg lediglich im Kopfe Desjenigen, der an ihn denkt. Für dies blos gedachte Ereigniss trägt aber wie bereits im § 7 ausgeführt ist, die Wirklichkeit keinerlei Voraussetzungen in sich. Ebenso wenig lässt sich auch sagen, Niemand könne dadurch Etwas verursachen, dass er von ihm gesetzte positive Bedingungen, bevor sie den Erfolg bewirkt hätten, nachher wieder beseitige. Vielmehr lassen sich, da zwischen Ursachen und Bedingungen kein Unterschied ist, wirkliche Erfolgsbedingungen, die einmal gesetzt sind, nicht mehr vernichten. Binding gelangt allein dadurch zur gegentheiligen Annahme, dass er Etwas für eine Bedingung hält, was nur dem Scheine nach eine solche ist. Als Beispiel wird nemlich angeführt, dass, wer den Dieben die

[195]) Normen, II, S. 234.

Hausthür mit Nachschlüsseln zu öffnen verspreche, dies auch thue, dann aber die Thür rechtzeitig wieder verschliesse, zu dem dennoch verübten Diebstahl keinen Thatbeitrag geliefert habe. Dies ist gewiss richtig; wurde aber der Diebstahl ausgeführt, etwa weil die Diebe, nachdem sie die Thür wieder verschlossen fanden, nun durch das Fenster einstiegen, so hat der Betreffende durch das Oeffnen der Hausthür sicher gar keine den Erfolg befördernde Bedingung gesetzt. Dieses Oeffnen stellt hier ein Ereigniss dar, welches man, wie der weitere Verlauf der Dinge lehrte, höchstens nur so lange fälschlich für ein das diebische Ergreifen förderndes Moment halten konnte, als man nicht wusste, dass die Thür rechtzeitig wieder geschlossen werden würde. Grade weil sich eine wirkliche Erfolgsbedingung gar nicht vernichten lässt, kann denn auch die Straflosigkeit des freiwilligen Rücktritts vom Versuche nicht, wie Binding meint, darauf gestützt werden, dass bei ihm wieder annullirt sei, was man zu einem verbrecherischen Erfolge gethan habe. Wenigstens müsste sonst dem Thatbestand des strafbaren Versuchs gegenüber der Nachweis erbracht werden können, der Thäter habe zu der zum Konsummatum erforderlichen, hier aber gar nicht eingetretenen Verletzung irgend welchen objektiven Beitrag geliefert: eine Annahme, die, obwohl sie von den geltenden objektiven Theorien vertheidigt wird, dennoch, wie wir in § 8 sahen, jeglichen Halts entbehrt.

Endlich darf man aber auch nicht sagen, Niemand sei durch Vernichtung einer selbstgesetzten abhaltenden Bedingung einen Erfolg zu verursachen im Stande. Denn heisst einen Erfolg verursachen zugleich ein Erfolgshinderniss beseitigen, so wird gewiss auch Jeder, der ein wirkliches Erfolgshinderniss beseitigt, hierdurch für den Erfolg kausal, ganz einerlei, ob er selbst oder ein Anderer den Zustand geschaffen hatte, dessen Wegräumung für den Erfolgseintritt nöthig ist. Für die kausale Indifferenz Desjenigen, der nur beseitigt, was er selbst geschaffen, lässt sich nicht darauf hinweisen, dass man sein ganzes Verhalten wegdenken könne und der Erfolg doch genau so eingetreten wäre, wie er eingetreten ist. Stürzt nemlich Jemand in eine Grube, die ich, als ich sie zuerst unbedeckt sah, zuschüttete, dann aber später wieder aufdeckte, so bin ich für den Erfolg natürlich nur durch die Thätigkeit des Wieder-

aufdeckens kausal. Mein kausales Verhalten könnte also auch nur dann in Abrede gestellt werden, wenn der Verunglückte, was nicht der Fall ist, in concreto auch ohne die Wiederaufdeckung der Grube in dieselbe gestürzt wäre. Dadurch aber, dass man sich nicht darauf beschränkt, blos die Wiederaufdeckung wegzudenken, sondern zugleich auch das vorausgegangene Zuschütten wegdenkt, verliert jenes Wiederaufdecken nicht seinen kausalen Karakter. Denn läge hierin ein zulässiges Verfahren, so gäbe es keinen Grund, warum blos hier und nicht auch in dem Falle, in dem ich die von einem Andern zugeschüttete Grube wieder aufdecke, das vorausgegangene Zuschütten behufs Erprobung meiner Kausalität weggedacht werden dürfte. So wirkt denn auch in dem weiter von Binding angeführten Falle Derjenige zum Erfolge mit, der ein verlassenes vom Fuhrmann vernachlässigtes Gespann antrifft und anfangs die durch Stechfliegen beunruhigten Pferde, damit sie nicht toll werden und durchgehen, aus freien Stücken durch Zweige schützt, dann aber aus Aerger über den nachlässigen Fuhrmann die Zweige wieder abnimmt, so dass nunmehr die Pferde durchgehen. Werfen dieselben im Durchgehen z. B. einen Menschen nieder, so möchte die Kausalität des Betreffenden für diesen Erfolg unzweifelhaft aus der Erwägung erhellen, dass, falls er gleich anfangs die Pferde hätte laufen lassen, sie im Durchgehen alsdann auch den zu jener Zeit noch im Hause befindlichen Menschen nicht verletzt haben würden. Die Beseitigung wirklicher Hindernisse ergiebt, selbst wenn man sie eigenhändig gesetzt hatte, schon deshalb keine kausale Indifferenz, und ein solches gegen einander Aufrechnen von positiven und negativen Erfolgsbedingungen ist schon deshalb unstatthaft, weil die Objektivität in dem zwischen Setzung und Beseitigung des Hindernisses verfliessenden Zeitraum eine veränderte Gestalt angenommen hat, durch die Beseitigung des Erfolgshindernisses also auch die Lage der Dinge, die vorhanden war, ehe wir es setzten, nie wieder herbeigeführt werden kann. — Dass man durch blosses Fallenlassen eines auf Abwendung gerichteten Entschlusses den nicht abgewendeten Erfolg nicht verursacht, hat seine vollkommene Richtigkeit. Ist hier die Kausalität aber nur aus dem Grunde ausgeschlossen, weil eben mit dem Abwendungsentschluss kein Erfolgshinderniss gesetzt und

folglich auch mit seinem Fallenlassen kein solches Hinderniss beseitigt ist[196]), so liegt auch darin kein Beispiel, welches bewiese, dass man durch Beseitigung selbstgesetzter Hindernisse nicht kausal werden könnte.

Vermag aber aus allen diesen Gründen die Bindingsche Gleichgewichtstheorie nicht die Kausalität der Unterlassung für die Fälle zu erweisen, wo sich der Unterlasser mittels einer vorausgehenden Handlung verbindlich gemacht hatte, bestimmten schädlichen Erfolgen entgegen zu wirken, so liegt dann kein theoretisch haltbarer Grund vor, diese Fälle von jener andern Gruppe von Fällen zu unterscheiden, bei denen Binding eine scheinbare Konkurrenz von schuldloser Verursachung und culpa subsequens an-

---

[196]) Zu weiteren m. E. unhaltbaren Resultaten wird Binding durch seine Kausalitätstheorie in folgenden Fällen gedrängt: An einsamer Brücke träfe man den Brückenwärter in Verlegenheit; der Haupttragbalken sei in einer dem gewöhnlichen Beobachter kaum bemerkbaren Weise gebrochen. Der Wärter möchte Hülfe requiriren, dürfe aber gerade jetzt seinen Posten nicht verlassen. Man entferne ihn durch das Erbieten, ihn zu vertreten, schlafe aber dann ein, und nun verunglücke Jemand mit seinem Fuhrwerk, der ungewarnt über die Brücke fahre, durch den Einsturz der Brücke. Hier habe man sich, so meint Binding, mittels der vorausgegangenen Handlung als eine dem Erfolge entgegenwirkende Bedingung aufgestellt, zugleich aber den Wegfall von vom Erfolge abhaltenden Bedingungen verursacht. Ich glaube jedoch, in diesem Falle lässt sich überhaupt nicht sagen, dass man für den Erfolg kausal sei. Denn weder war man, wie Binding annimmt, zu irgend einer Zeit ein wirkliches Erfolgshinderniss, noch auch beseitigte man ein solches durch die Entfernung des Brückenwärters. Zur letztern Annahme gelangt nur, wer sich zu dem wirklich Geschehenen hinzudenkt, der Wärter würde, falls er geblieben wäre, den herankommenden Fuhrmann gewarnt haben. Ebenso wenig lässt sich im folgenden Falle, in welchem der Betreffende allerdings kausal ist, seine Kausalität mit Binding darauf gründen, dass er sich als eine dem Erfolge entgegenwirkende Bedingung aufgestellt, zugleich aber die Entstehung anderer den Erfolg abhaltender Bedingungen gehindert habe: Ein Gensdarm wolle einen Verbrecher gebunden mit sich fortführen, ein Hausbesitzer halte ihn aber von der Knebelung des Gefangenen ab, indem er sich dazu erbiete, den Arrestaten sicher zu verwahren. Der Letztere werde in ein hochgelegenes Zimmer geschlossen, versuche dann aber das Zimmer mit Dietrichen zu öffnen, und nun lasse ihn der Hausbesitzer, als er dies merke, laufen. Hier erweist sich der Hausbesitzer für die Flucht des Gefangenen kausal, indem er den Gensdarm intellektuell beeinflusste, den Gefangenen in das Zimmer zu sperren, aus welchem derselbe seine Flucht bewerkstelligte. Keinenfalls stellt er sich aber durch seine dem Gensdarm gemachte Zusage als eine wirkliche dem Erfolge entgegenwirkende Bedingung auf.

nimmt. Gelangt auch letzternfalls die vorausgehende Handlung nicht so, wie dort, auf dem Wege intellektueller Einwirkung zur Kausalität, so gleichen sich beide Kategorien doch darin, dass sich in ihnen beiden der Unterlasser nur im Augenblicke der vorangehenden Handlung einer Mitwirksamkeit für den Erfolg entäussert. Handelt Jemand ohne rechtswidrigen Willen, beschliesst dann aber später, den schädlichen Erfolg, den er als bevorstehend erkennt, nicht abzuwenden, indem er von dem Willen beseelt ist, dieser Erfolg möge sich aus seiner vorangegangenen Thätigkeit entwickeln, so ist mit solcher Beschlussfassung kein objektives, sondern lediglich das zur Schuld erforderliche Willensmoment gegeben. Damit stehen wir aber in beiden durch Binding von einander gesonderten Kategorien vor ein und derselben Frage, nemlich der, ob die hier nicht blos dem Scheine nach, sondern wirklich vorhandene Trennung beider Schuldmomente die Annahme einer Schuld ausschliesst.

§ 18.

Die Schuld bei zeitlicher Priorität des Thatmomentes vor dem Willensmomente.

Sobald man in den Fällen der sog. per omissionem begangenen Kommissivdelikte von einer Schuld spricht, muss man darauf verzichten, die rechtswidrige Handlung für ein wesentliches Schulderforderniss auszugeben. Denn fasst hier, wie wir sahen, der Schuldige den rechtswidrigen Willen erst, nachdem er die Erfolgsursache bereits gesetzt hatte, so kann sein vorangegangenes Handeln nicht nachträglich noch als ein doloses oder kulposes erscheinen.

Wer durch Begehung einer rechtswidrigen Handlung für Etwas verantwortlich wird, dessen Entschluss bildet sicher einen Bestandtheil im Entstehungsprocess des zu verantwortenden Erfolges. So gewiss man nun aber das Gleiche nicht von Demjenigen sagen kann, der einen Erfolg, obwohl er einsieht, derselbe werde sich aus seiner vorangegangenen Thätigkeit entwickeln, mit rechtswidrigem Willen nicht abzuwenden beschliesst, so gewiss genügt auch der blosse Hinweis auf diese Thatsache noch nicht, um deshalb die Verantwortlichkeit für solchen Erfolg auszuschliessen. Denn es handelt sich ja grade darum, ob man nicht auch nach bereits gesetztem Thatmomente den Erfolg noch schuldhaft wollen kann. Wer daher die Schuld beim Getrenntsein ihrer beiden Momente nicht zugiebt, weil, wie er sagt, das unverbunden mit dem Thatmomente dastehende Willensmoment ein juristisch irrelevantes Null sei, dem in der Handlung ein anderes irrelevantes Null vorausgehe[197]), oder weil mit dem Dasein der vom subjektiven

[197]) So Merkel, Kr. Abth. I, S. 83.

Schuldmomente nicht erfüllten Thätigkeit bereits definitiv feststände, dass dieselbe keine solche sei, auf welche eine rechtliche Verantwortlichkeit gegründet werden könne[198]), nimmt als bereits erwiesen an, was er erst beweisen soll. Ohne Weiteres richtig ist doch nur das: die rechtliche Verantwortlichkeit kann aus solcher vorausgehenden ursächlichen Handlung allein nicht fliessen; ob aber, wenn in derselben Person nach dem objektiven noch das subjektive Schuldmoment vor dem Erfolge auftritt, dann von einer Schuld geredet werden könne, ist durchaus nicht ohne Weiteres zu verneinen. Die Annahme, dass damit einer rechtmässigen Handlung Etwas zur Schuld zugerechnet werden würde, ist jedenfalls unrichtig. Denn wenn auch jede Handlung entweder eine rechtswidrige oder eine nicht rechtswidrige sein muss und hier die vorausgegangene Handlung jedenfalls Letzteres ist, so wird damit doch nur dem dieser Handlung zu Grunde liegenden Willen der rechtswidrige Inhalt abgesprochen; dies hindert aber durchaus nicht, dass diese Handlung die Ursache eines rechtswidrigen Erfolges sein kann. Hierfür darf sie um so gewisser ausgegeben werden, als man damit gar nicht, wie Binding meint[199]), zu dem widersinnigen Resultate gelangt, eine unschuldige Handlung für die Ursache eines Delikts zu halten. Denn dies Ergebniss stellt sich nicht für uns, sondern nur für Diejenigen ein, welche die Schuldfrage als blosse Kausalitätsfrage behandeln. Unsere Auffassung, die Kausalität und Verantwortlichkeit für dieselbe auseinanderhält, führt vielmehr dazu, dass ein Delikt überhaupt nicht verursacht werden könne. Indem wir hier also bei Konstruktion der Schuld die vorausgehende Handlung lediglich in ihrer Eigenschaft als Ursache des Erfolges ins Auge fassen[200]), rechnen wir diesen auch gar nicht einer nicht

---

198) So v. Buri, Kausalität, S. 96.

199) Normen II, S. 214.

200) Da hier die Handlung lediglich wegen ihrer objektiven Bedeutung für den Erfolg interessirt, so braucht die vorausgegangene Körperbewegung Jemandes, auf Grund deren er zur Abwendung verpflichtet ist, gar nicht Bestandtheil einer Handlung zu sein, sondern kann auch im Schlafe oder im Zustande sinnloser Trunkenheit Statt gefunden haben. Ebenso verhält es sich mit den Veränderungen, die unser Körper infolge auf ihn ausgeübten physischen Zwanges bewirkte. Zwingt mir Jemand die Brandfackel in die Hand und führt mir die Hand gewaltsam mit der Fackel so, dass ein fremdes Haus zu glimmen beginnt,

rechtswidrigen Handlung zu, sondern erklären Jemanden für verantwortlich auf Grund seiner das zur Schuld erforderliche Thatmoment in sich schliessenden Handlung **und** auf Grund seines rechtswidrigen Willens: also zweier Momente, von denen jedes einzelne allein zur Herstellung der Verantwortlichkeit nicht ausreicht. Richtig ist freilich, dass man dann auch nicht von einem durch Unterlassung begangenen Kommissivdelikte sprechen sollte, — da dies darauf hindeutet, als ob das objektive Schuldmoment wirklich in der Unterlassung enthalten sei — sondern vielmehr von einer auf den Hinzutritt des Willens- zum Thatmomente gegründeten Schuld.

Dass auf diesem Wege eine Schuld entstehen könne, pflegt besonders deshalb verkannt zu werden, weil so häufig anstatt des Erfolges die Handlung für den Gegenstand der Zurechnung gehalten wird. Wäre Letzteres richtig, so würde der vor dem Erfolgseintritt, aber erst nach der Handlung auftretende rechtswidrige Willensinhalt allerdings zu spät kommen. Hält man aber fest, dass nur der Erfolg das rechtswidrige Ereigniss darstellt, welches zugerechnet wird, so darf der hier vertretenen Meinung auch nicht vorgeworfen werden, sie gründe sich auf eine nachträgliche Billigung eines rechtswidrigen Ereignisses. Denn ein solches liegt bei Uebertretung einer Verletzungsnorm erst mit dem Eintritt der verbotenen Verletzung vor; solange diese nicht existent ward, ist noch Raum für das zur Normübertretung erforderliche Willensmoment übrig. Sahen wir oben, dass es der Schuld keinen Eintrag thut, wenn das Willensmoment nicht während des ganzen zwischen Handlung und Erfolgseintritt verfliessenden Zeitraumes festgehalten wird, so erscheint dieser Satz hier als blosse Ableitung des allgemeinern Satzes: ein verbotener Erfolg ist nur dann schuldlos verursacht, wenn dem Handelnden während dieses ganzen Zeitraumes der rechtswidrige Willensinhalt mangelt. Ist solcher Willensinhalt auch lediglich in einem Augenblicke während dieser kritischen Zeit vorhanden, so genügt dies zur Schuld. Grade deshalb liegt im Falle des sog.

---

so darf ich nicht, wie Binding (Normen II, S. 265) meint, wenn er meine Hand loslässt, dem entstehenden Brande ruhig zusehen, sondern bin zum Löschen verpflichtet. Beschliesse ich, nicht zu löschen, so wird mir derjenige Theil der Verletzung, der die fremde Rechtssphäre vom Momente dieses meines Entschlusses an trifft, zur Schuld zugerechnet werden müssen.

dolus antecedens, weil er hier ausserhalb dieser Zeitgrenzen fällt, keine Schuld vor.

In dem pflichtwidrig gefassten Entschlusse, den als bevorstehend erkannten rechtswidrigen Erfolg nicht abzuwenden, liegt das zur Normübertretung gehörige Willensmoment. Die Abwendungspflicht, die mit Begehung der erforderlichen Abwendungshandlung erfüllt wird, erscheint als Konsequenz des allgemeinen Verbotes, die rechtlich geschützten Interessen Anderer zu verletzen. Wer keine Ursache für solchen Erfolg setzen soll, vermeidet, wenn er erst, nachdem er gehandelt hat, einsieht, sein Handeln werde ohne ein entsprechendes von ihm für möglich erachtetes Eingreifen den normwidrigen Effekt herbeiführen, nur durch die Abwendungshandlung, dass er zu dem allgemeinen Verletzungsverbote in Opposition tritt. Beim sog. reinen Omissivdelikt widerspricht der Wille des Unterlassers zwar gleichfalls einer Norm. Da sich hier aber die Pflicht, eine bestimmte Thätigkeit zu entfalten, nicht auf eine vorausgegangene Handlung des Abwendungspflichtigen, sondern auf ein specielles, durchaus nicht als Selbstfolge eines Verletzungsverbotes erscheinendes gesetzliches Gebot stützt, so kann auch beim reinen Omissivdelikt nicht von schuldhafter Herbeiführung eines rechtswidrigen Erfolges die Rede sein. Und zwar schon deshalb nicht, weil hier die Normübertretung bereits mit dem Entschlusse, nicht abzuwenden, konsummirt wird, einerlei, ob der Erfolg, den das Gesetz vermieden sehen will, eintritt oder ausbleibt.[201]) Von der gegentheiligen Ansicht könnte man beim reinen Omissivdelikt, welches keine Mitwirkung des Thäters zum rechtswidrigen Erfolge erheischt, höchstens dann ausgehen, wenn der allgemeinen Rechtspflicht, die Interessen Anderer nicht zu verletzen, die weitere allgemeine Maxime an die Seite gestellt werden dürfte, wir hätten von Anderen alle Verletzungen abzuwehren, die wir ohne unser Eingreifen als ihnen bevorstehend annehmen. So lange solches Princip nicht nachweisbar ist, kann die durch specielle gesetzliche Auflage begründete Pflicht, für die Interessen Anderer eine bestimnte Handlung vorzunehmen,

---

[201]) Wenn auch die Strafbarkeit der unterlassenen Anzeige im art. 139 D. St.G.B. von der Begehung des nicht angezeigten Verbrechens oder eines Versuchs desselben abhängig gemacht wird, so liegt hierin doch kein zur Uebertretung des Gebotes, Anzeige zu machen, gehöriges Requisit.

zwar dem Ungehorsam des Verpflichteten begegnen, und dieser Ungehorsam kann auch mit Strafe belegt sein, damit hat aber niemals der Ungehorsame die Interessen Anderer in schuldhafter Weise verletzt.[202])

Der entscheidende Grund, durch den sich die heutige Doktrin gehindert sieht, bei erst später auftretendem Willensmomente noch eine rechtliche Verantwortlichkeit zuzulassen, liegt in dem einmal adoptirten Principe der Willensfreiheit. Diesem haben wir, da man sich sachlich ganz richtig nicht dazu entschliessen will, die hier fraglichen Fälle dem Schuldgebiete zu entziehen, alle die qual-

---

[202]) Alle Zweifel, die darüber herrschen können, ob im Einzelfalle Jemand, der eine für ihn vorhandene Verbindlichkeit zum Handeln nicht erfüllt, eine Verletzungsnorm oder ein specielles Gebot zu handeln übertreten habe, entstehen meist daraus, dass so vielfach eine vorausgegangene Kausalität verkannt wird. So behauptet Thon (a. a. O. S. 43), dass vornemlich die Gesammtheit aller Obligationen positiven Inhalts in Geboten bestände, welche die Rechtsordnung an den Schuldner stelle, und widerspricht in Gemeinschaft mit Merkel dem Satze Bindings (Normen I, S. 145), dass der Schuldner den Gläubiger nicht durch ein Unterlassen, sondern durch ein Thun schädige. Dieser Widerspruch erscheint aber unbegründet, obwohl man freilich dies Thun nicht, wie Binding will, in der Nichterfüllung dessen erblicken darf, was der Gläubiger zu fordern hat. Betrachten wir den von Thon in Bezug genommenen Fall, der Empfänger des Darlehns zahle dasselbe dem Darleiher nicht am Verfalltage zurück, so finden wir nemlich grade hier, dass der Schuldner die den Gläubiger treffende Verletzung durch sein diesem gegebenes und denselben zur Anvertrauung der Geldsumme motivirendes Versprechen, das Darlehn am Verfalltage zurückerstatten zu wollen, bewirkt. Unterlässt der Schuldner schuldhaft die Zurückerstattung, so verletzt er eine aus seiner vorausgegangenen Handlung entstandene Abwendungspflicht, und diejenigen Nachtheile, welche der Gläubiger vom Momente dieser Pflichtverletzung an erleidet, sind ihm alsdann auch zur Schuld zuzurechnen. Wollte man hiergegen etwa erwidern, da der Gläubiger doch erst am Verfalltage verletzt erscheine, an diesem aber gar keine seine Rechtssphäre treffende Veränderung vorgehe, so beweise dies die Kausalität der Unterlassung des Schuldners, so würde man übersehen, dass die Handlung des Schuldners den Interessen des Gläubigers bereits in dem Augenblicke, in dem sie ihm die betreffende Summe entzieht, eine Beeinträchtigung zufügt. Indem der Gläubiger aber bis zum Verfalltage auf sein Kapital verzichtet, ist die ihn bis zu diesem Tage treffende Einbusse eine rechtmässige. Mit dem Eintritt des Verfalltages steht ihm jedoch, ohne dass es eines weitern Willensaktes auf seiner Seite bedürfte, der entsprechende Rechtsschutz wieder zu. Die bis dahin rechtmässige Beeinträchtigung wandelt sich jetzt in eine rechtswidrige um, ohne dass der Schuldner die Hand zu rühren braucht.

vollen Versuche zu verdanken, als vereinigt erscheinen zu lassen, was thatsächlich unvereinigt dasteht. Gehört nemlich zur Schuld Willensfreiheit, so muss jedenfalls das Thatmoment als Ausfluss des Willensmomentes erscheinen, nicht aber darf dieses, in welchem ja alsdann der Ursprung des zu verantwortenden Erfolges gelegen ist, jenem erst auf dem Fusse folgen. Gäbe die indeterministische Doktrin zu, dass bereits vor auftretendem Willensmomente eine Erfolgsursache gesetzt wäre und somit die Unausbleiblichkeit des Erfolges feststände, so könnte dieser auch unmöglich in der Freiheit des Unterlassers wurzeln. Daher denn auch das sachliche Interesse, welches Binding und Ortmann daran nehmen, die Kausalität der vorausgehenden Handlung zu bestreiten. Bei der von ihm als Fälle scheinbarer Konkurrenz von schuldloser Verursachung und culpa subsequens bezeichneten Kategorie sucht Binding[203]) die Kausalität der vorausgehenden Handlung dadurch zu unterdrücken, dass er erklärt, die Entscheidung über Verursachung oder Nichtverursachung stehe nach der vorausgegangenen zur Abwendung verpflichtenden Handlung noch vollständig bei einer handlungsfähigen Person; ihr Wille habe es noch in der Hand, den gesetzten fördernden Bedingungen die Kraft, ihre Gegner zu überwachsen, durch Nichtsetzen negativer Bedingungen zu verschaffen oder durch Setzen hindernder Bedingungen zu nehmen. Gebe man daher die Herrschaft über jene Entwickelung auf, so verschütte man die Quelle weiterer abhaltender Bedingungen und verschaffe dadurch der Kraft der gesetzten fördernden Bedingungen freien Raum, zu einer definitiven Uebermacht über ihre Gegner zu gelangen. In der Verstärkung jener Bedingungsmasse durch Aufgabe der Herrschaft über sie und in der Ausführung des Entschlusses, das Geschehene nicht nur anzuerkennen, sondern in seiner wirkenden Kraft zu verstärken, liege die Verursachung. Indem Binding hier dem Satze entgegentritt, dass, wer zu einem Erfolge mitwirkt, lediglich in dem Momente, in dem er die Wirklichkeit verändert, die Ursache zu ihm setzt, sieht er augenscheinlich wieder ein blos subjektives Moment für ein objektives an. Wo Jemand, nachdem er zu einem Erfolge mitgewirkt hat, vor

---

[203]) Normen II, S. 264.

Eintritt desselben den Entschluss fasst, ihn nicht abzuwenden, da hat stets ein zureichender Grund zur Begehung der Abwendungshandlung gefehlt. Deshalb bleibt auch die objektive Bedeutung, welche der vorausgehenden Handlung dem eingetretenen Erfolge gegenüber zukommt, nicht bis zum Momente der Beschlussfassung in suspenso, sondern nur wir kennen sie nicht, weil wir nicht wissen, ob der Betreffende am Ende seiner Ueberlegung zur Abwendungshandlung schreiten oder dieselbe unterlassen wird. Würden wir den Verlauf, den der sich in seinem Innern abspielende Process nach dem Nothwendigkeitsgesetz nehmen muss, im Voraus zu verfolgen im Stande sein, so würden wir auch gleich von vorne herein wissen, dass der Betreffende bereits eine Erfolgsursache gesetzt habe. Erkennen wir dies aber erst nach gefasstem Entschlusse, so erhalten wir damit nicht das Recht, die Kausalität der Handlung erst vom Momente unserer Wissenschaft an zu datiren.

Nun braucht man nur Willensfreiheit nicht mit Willkür zu verwechseln, um einzusehen, dass, so wie wir trotz der Nothwendigkeit unserer Handlungen dieselben doch willkürlich begehen, so auch der Entschluss, den nothwendigen Erfolg nicht abzuwenden, noch immer willkürlich von uns gefasst werden kann. Denn durch die Thatsache, dass keine Handlung erfolgt, wenn nicht ein zureichender Grund für sie vorliegt, dann aber der Eintritt der Handlung auch jedes Mal nothwendig ist, würde doch selbst Demjenigen, der von dieser Wahrheit durchdrungen ist, die Willkür seines Entschliessens nur dann abhanden kommen, wenn er zugleich auch in jedem Einzelfalle vorher wissen würde, ob für ihn ein zureichender Grund zum Handeln vorliegt, und nach welcher Seite schliesslich sich sein Entschluss hinwenden wird. Da wir dies aber grade nicht wissen, so können wir Erfolge, zu denen wir bereits Ursachen gesetzt haben, nicht abzuwenden noch beschliessen und noch wollen. Es muss dies genau so zugegeben werden, wie man zugiebt, dass Derjenige einen Erfolg wollte, der von vorn herein mit rechtswidrigem Willen handelte. Denn während ein Solcher überlegte, ob er handeln sollte, wusste er zwar noch nicht sicher, dass er handeln würde; er konnte sich aber sagen, falls seine Handlung erfolgen werde, sei sie auch nothwendig, und alsdann seien auch für sie sowohl, wie für den Erfolg, schon jetzt

während er noch überlege, ursächliche Momente in der Wirklichkeit vorhanden. Diese Erwägung berechtigt uns aber zu der Behauptung, dass wer aus der Nothwendigkeit des Erfolges den Schluss zieht, dei Unterlasser wolle ihn nicht und besitze nicht die zur Schuld erforderliche Energie des Entschlusses, damit konsequent zur Negirung alles Wollens gelangt. Zugleich ergiebt sich auch, dass die Schuld bei Unterlassungen nicht von einer objektiven Möglichkeit, den Erfolg abzuwenden, abhängig gemacht werden darf. Indem die Doktrin behauptet, andernfalls sei die Abwendungspflicht nicht verletzt[204]), geht sie von einer nicht existirenden Voraussetzung aus. Denn innerhalb der Kategorie der nicht abgewendeten Erfolge unterscheiden sich die abwendbaren von den unabwendbaren gar nicht durch ein objektives Merkmal. Sagt man, A, der den B ertrinken sieht, hätte dessen Tod abwenden können, so heisst dies nur, dass ich in diesem Falle von dem vorhandenen zureichenden Grunde des eingetretenen Erfolges absehe und mir denke, was geschehen wäre, falls A eine Thätigkeit entfaltet hätte, für die nun einmal keinerlei objektive Voraussetzung vorhanden war. Der konkrete Erfolg bleibt damit aber in diesem Falle ebenso nothwendig, wie er es da ist, wo ich von seiner Unabwendbarkeit spreche, und etwa rücksichtlich des eine Meile vom B entfernten A zugebe, es habe ein zureichender Grund zur Begehung der Abwendungshandlung gemangelt. Wie wenig man aber auch hier bei Begründung der Verantwortlichkeit einer solchen objektiven Möglichkeit der Abwendung bedarf, mag an einem Beispiele klar gestellt werden. Denken wir uns folgenden Fall: X übergiebt dem A eine Flasche stärkenden Weines, damit A dieselbe dem B als Geschenk des X überreiche und dem B dabei bestelle, derselbe möge den Wein mit auf die Seereise nehmen, die er demnächst antrete. A führt diesen Auftrag aus, erfährt aber nachträglich erst, dass der Wein vergiftet ist. Will nun A den Tod des B und beschliesst, indem er hofft und erwartet, B werde sich denselben durch den Genuss des Weines zuziehen, eine Warnung des B zu unterlassen, so ist zwar durchaus richtig, dass

---

[204]) Dies sagen alle Schriftsteller. Vgl. u. A. v. Buri, Gerichtssaal, Bd. XXI, S. 206 ff.

A, falls B wirklich auf die angegebene Weise stirbt, nur dann für vollendeten Mord haftet, wenn er die Kunde, dass der Wein vergiftet ist, noch erhält, ehe das Schiff den Hafen verliess, dass er aber keinenfalls vollendeten Mord zu verantworten hat, sobald sie ihm erst zukommt, wenn das Schiff schon auf offener See schwimmt. Irrig wäre es aber, wenn man, wie die herrschende Ansicht zu thun geneigt ist, den Grund für die Verschiedenheit dieser Entscheidung darin finden wollte, dass man sagte, ersternfalls, nicht aber letzternfalls sei eine objektive Möglichkeit vorhanden gewesen, den schädlichen Erfolg abzuwenden. Denn muss A für den Tod des B einstehen, sobald er den noch im Hafen befindlichen B zu warnen unterlässt, so ist hier bei Konstruktion der Schuld in Wirklichkeit gar nicht auf die Erreichbarkeit des B als auf ein objektives Moment zu reflektiren, sondern entscheidend ist, dass sich der Wille des A nur, wenn dieser das Schiff noch im Hafen weiss, zu einem rechtswidrigen gestalten kann. Nicht, dass das Schiff noch im Hafen liegt, sondern dass A, der hierum weiss, noch einen Entschluss darüber zu fassen in die Lage kommt, ob er B warnen will oder nicht, bestimmt die Schuld des A. Denn liegt das Schiff noch im Hafen, A würde aber irrig unterstellen, es sei bereits abgesegelt und nicht mehr einzuholen, so würde er, selbst wenn ihm der Tod des B überaus erwünscht wäre, doch niemals verantwortlich sein, weil er solchenfalls darüber, ob er die Abwendungshandlung begehen oder unterlassen solle, gar keinen Entschluss mehr fassen könnte. Ebenso ist A, wenn B wirklich auf offenem Meere schwimmt, nicht wegen der Unabwendbarkeit des Erfolges unverantwortlich, sondern weil er, wenn er diess weiss, auch den Tod des B nicht mehr rechtswidrig *wollen* kann. Ob ausser seiner vorausgegangenen Mitwirkung noch die rechtswidrige Willensbeschaffenheit vorliegt, darüber entscheidet hier die Vorstellung, die er sich von der Wirklichkeit macht. Weiss er also z. B., dass das bereits abgesegelte Schiff noch erst einen englischen Hafen anläuft, ehe es die Reise über den Ocean antritt, und nimmt er an, B werde inzwischen den Wein noch nicht getrunken haben, so hat er dann auch, wenn er sich vorstellt, B könne noch durch ein nach England entsandtes Telegramm gewarnt werden, sobald er solche Warnung unterlässt, den

Entschluss, nicht abzuwenden, gefasst und seine Abwendungspflicht dolos verletzt. Würde aber A andrerseits irrig unterstellen, das Schiff sei noch im Hafen, während es in Wahrheit schon auf offener See schwimmt, und würde er, von dieser Annahme geleitet, noch einen wirklichen Beschluss fassen, die Abwendung zu unterlassen, so läge zweifellos ein dolus vor. Der Grund, weshalb er aber, selbst wenn B an dem Gifte stirbt, solchenfalls trotz dieses dolus nicht für vollendete Tödtung, sondern nur für Mordversuch einzustehen hat, liegt gewiss nicht in der Unabwendbarkeit des Erfolges. Ein Versuch liegt vielmehr vor, weil er in einem die Zurechnung des Erfolges ausschliessenden Irrthum über die Beschaffenheit der Wirklichkeit befangen war. Denn dass man einen Erfolg rechtswidrig wollen und verursachen kann, ohne für Vollendung einzustehen, sahen wir bereits in dem Falle, wo der Thäter eine irrige Vorstellung von dem Wege hat, auf dem seine Handlung kausal wird. So wie sich A hier, obwohl der Erfolg eintrat, nur eines versuchten Mordes schuldig macht, so liegt auch überall da ein Versuch vor, wo ein auf Nichtabwendung gerichteter Entschluss gefasst ist, der Erfolg aber gar nicht eintrat. Fehlt es aber an einem Entschlusse, die Abwendung zu unterlassen weil entweder der Erfolg gar nicht als bevorstehend vorausgesehen wurde, oder weil der Glaube an die Vergeblichkeit des Eingreifens von vorn herein herrschte, so wird auch nie eine Abwendungspflicht verletzt. Das Gleiche gilt natürlich für den Fall, in dem der Erfolg trotz vorgenommener Abwendungshandlung eintrat. Die Erwägung, Jemand würde den Erfolg abgewendet haben, falls er anders gehandelt hätte, begründet nie seine Schuld. Denn handelte er in dem ernstlichen Glauben, durch sein Eingreifen den Erfolg auszuschliessen, und betrachtete das von ihm gewählte Mittel als zweckdienlich, so fehlte ihm auch jeder rechtswidrige Wille. Desgleichen entfällt jede Verantwortlichkeit, wo der als bevorstehend erkannte Erfolg eintrat, ehe der Betreffende noch zu einem Beschlusse gelangte, die Abwendungshandlung zu unterlassen.

Wer die Ansicht hegt, dass er bei Ausübung der durch sein vorangegangenes Handeln gebotenen Abwendungspflicht sein Leben aufs Spiel setze, ist nicht, wie wohl gesagt wird, Demjenigen gleichzustellen, der den Erfolg für unabwendbar hält. Er ist vielmehr

in Schuld, wenn auch wegen vorhandenen Nothstandes straflos. Denn hört eine Handlung darum noch nicht auf, eine dolose zu sein, weil sie zur Erhaltung des eigenen Lebens begangen wird, so schliesst dies Motiv auch, wo es dem Entschlusse, nicht abzuwenden, zu Grunde liegt, nicht die Rechtswidrigkeit dieses Entschlusses aus[205]. Dies scheint mir eine unabweisbare Konsequenz aus der richtigen Auffassung des Nothstandsbegriffs zu sein.

Giebt es aber eine rechtliche Verantwortlichkeit im Falle der zeitlichen Priorität des Thatmomentes vor dem Willensmomente, so entsteht dieselbe natürlich erst mit dem Augenblicke, wo dies letztere auftritt. Wirkt die vorausgehende Handlung z. B. fortgesetzt verletzend, so kann daher dem Unterlasser auch selbstverständlich nur derjenige Theil der Verletzung zur Schuld zugerechnet werden, der auf der fremden Rechtssphäre erst entsteht, nachdem der Entschluss gefasst ist, nicht abzuwenden. Wer die vermögensrechtlichen Interessen eines Andern dadurch schädigt, dass er die demselben gehörige Sache ohne Rechtsgrund, aber gutgläubig an sich nimmt, wirkt hierdurch zwar fortgesetzt schädigend auf die fremde Rechtssphäre ein, indem er sie fortlaufend um die Früchte der Sache bringt. Erkennt er erst später seinen Irrthum, restituirt aber die Sache nicht, so bringt diese mala fides superveniens zu Wege, dass er für die den Eigenthümer von jetzt an noch treffende Einbusse verantwortlich ist.

Dass man nicht von jedem Verbrechen sagen kann, es werde nachträglich noch durch mala fides superveniens hergestellt, hat ja seine vollkommene Richtigkeit. Damit widerlegt man aber doch nicht das hier vertretene Princip, sondern beweist nur die Inkongruenz zwischen Unrecht und Verbrechen. So werden z. B. Verbrechen, zu deren Vollendung schon die blosse Begehung einer Handlung, unabhängig von dem Eintritt einer verletzenden Wirkung, genügt, nicht nachträglich noch dadurch begangen, dass der Handelnde erst nach schuldlos gesetzter Handlung einen auf Nichtabwendung gerichteten Entschluss fasst. Wer optima fide eine objektiv unwahre Thatsache als Zeuge eidlich bekräftigt, seinen Irrthum aber erst nachträglich erkennt, begeht, wenn er seine Aus-

---

205) Anderer Ansicht z. B. v. Buri, Gerichtssaal, Bd. XXI, S. 206 u. 207.

sage zu berichtigen unterlässt, sicher nicht das Verbrechen des Meineids. Hat er aber etwa, während er nicht zu widerrufen beschliesst, das Bewusstsein, der Angeklagte könnte auf Grund seiner Aussage zum Tode verurtheilt werden, so ist ihm, falls seine Aussage wirklich zur Vollziehung der Todesstrafe an einem Unschuldigen mitwirkte, solcher Erfolg auch zur Schuld zuzurechnen, und er müsste aus art. 211, bezw. art. 212 oder art. 222 D. St G.B. haften.

Druck von Bär & Hermann in Leipzig.

Druck von Bär & Hermann in Leipzig.

J. Gruber.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Hertz, Eduard,

Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts

Bd.: 1. Band

Hamburg 1880

Crim. 128 rf-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11584024-9